

De bezitseis ten aanzien van uitbreidingen van het ondernemingsvermogen in de Successiewet

Masterscriptie Fiscaal Recht



Naam: M.W. (Matthijs) Kregting
Studentnummer: 2005853
Universiteit: Tilburg University
Master: Fiscaal Recht
Afstudeerdatum: 27 augustus 2020
Examencommissie mr.dr. M.J. Hoogeveen
prof.mr. I.J.F.A. van Vijfeijken

Abstract

Op 29 mei 2020 heeft de Hoge Raad in meerdere zaken uitsluitel gegeven omtrent de uitleg van de bezitseis bij bepaalde uitbreidingen van het ondernemingsvermogen die plaatsvinden gedurende de bezitstermijn. Vóór publicatie van deze arresten, waren er reeds verschillende rechtsopvattingen gezien de uitspraken van de rechtbank, conclusie van de Advocaat-Generaal en diverse literatuur. In deze scriptie wordt onderzocht welke uitleg mijns inziens rechtens juist is en wat er de wetgever nog staat te gebeuren zodat de bezitseis de doelen van de faciliteit kan realiseren.

In lijn met de Hoge Raad concludeer ik dat de bezitstermijn per afzonderlijke objectieve onderneming dient te gelden. Dat geldt voor zowel de IB-onderneming als voor de onderneming die (na toerekening) wordt gedreven door het lichaam waarop het aanmerkelijk belang van erflater dan wel schenker betrekking heeft. In tegenstelling tot het oordeel van de Hoge Raad dient mijns inziens de materiële uitleg van bezitseis te worden verruimd, zodat minder inbreuk wordt gemaakt op het doel om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te doen realiseren. In kader van dat gestelde doel dient tevens de bezitseis (en in verband daarmee ook de voortzettingseis) te worden vervangen door een nieuwe regeling, waarbij ook oneigenlijk gebruik van de faciliteit kan worden voorkomen.

Voorwoord

Na het afronden van de hbo-opleiding Fiscaal Recht en Economie aan de Hogeschool van Arnhem en Nijmegen heb ik kort in twijfel gezeten om verder te studeren. Gelukkig heb ik het studeren voortgezet in combinatie met een baan binnen de fiscaliteit. De Masterstudie Fiscaal Recht heeft mijn kennis en denkwijze naar een hoger niveau gebracht. Waar alle tentamineringen binnen de nominale tijd waren behaald, heeft de scriptie meer voeten in de aarde gehad. De hunkering naar het toepassen van de reeds opgedane kennis in de praktijk en het opdoen van meer werkervaring waren dikwijls te groot.

Gedurende de studie en werk ben ik mij meer gaan verdiepen in de fiscale vraagstukken die opkomen bij belangrijke en soms treurige gebeurtenissen van de mens. Het onderwerp van deze scriptie past daar goed bij. Het moment van de bedrijfsopvolging kan een gevolg zijn van een zeer treurige oorzaak. Het belangrijke proces omtrent de bedrijfsopvolging kan jaren duren, maar dient soms ook plotseling te moeten gebeuren.

Mijn dank gaat uit naar Mascha Hoogeveen. Haar eerlijke feedback heeft mij geholpen de scriptie te doen schrijven en mij op het juiste spoor te houden. Naar mate de scriptie vorderde ben ik haar feedback meer gaan waarderen en beter gaan begrijpen. Mede door haar heeft de scriptie structuur gekregen. Het schrijven van de scriptie vergt nou eenmaal meer tijd en geduld dan gehoopt.

Daarnaast gaat mijn dank uit naar de collega's van Flynth Accountants en Adviseurs. In het bijzonder Nick van Bommel vanwege de tijd om zo nu en dan te kunnen sparren en vanwege het delen van mogelijk relevante literatuur en Ralph Wieleman mede vanwege het delen van mogelijk relevante literatuur maar bovenal vanwege zijn persoonlijkheid en belangstelling. Ten slotte gaat mijn dank uit naar mijn ouders en mijn vriendin Cheyenne. Mijn ouders voor hun motiverende woorden en de geboden rust om de scriptie te kunnen schrijven. Cheyenne dank ik voor het meedenken bij de structuur, voor haar aanmoedigen en motiverende woorden om door te zetten en haar begrip voor de geveerde tijd die hierin is gestoken.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Matthijs Kregting, juli 2020.

Inhoudsopgave

Abstract	3
Voorwoord	4
Lijst met afkortingen	7
Hoofdstuk 1 – Inleiding	8
1.1. Aanleiding.....	8
1.1. Probleemstelling.....	12
1.2. Opzet	12
Hoofdstuk 2 – De bedrijfsopvolgingsregeling	14
2.1. Doel en strekking van de BOR.....	14
2.2. De bedrijfsopvolgingsregeling op hoofdlijnen	15
2.2.1. Inhoud faciliteit.....	15
2.2.2. Object van de vrijstelling.....	16
2.3. De bezitseis.....	18
2.3.1. Doelstelling van de bezitseis.....	19
2.3.2. Systematiek van de bezitseis	19
2.3.3. De bezitstermijn.....	21
2.4. De voortzettingseis	21
2.5. Samengevat	23
Hoofdstuk 3 – De reële bedrijfsopvolging.....	24
3.1. Definitie reële bedrijfsopvolging	24
3.2. Reëel ondernemerschap.....	25
3.2.1. IB-ondernemer.....	25
3.2.2. Aanmerkelijkbelanghouder	27
3.3. De duur van het ondernemerschap.....	29
3.4. Mogelijk nieuwe bezits- en voortzettingseis	30
3.5. Deelconclusie	31
Hoofdstuk 4 – De bezitseis bij verwevingen en uitbreidingen gedurende de bezitstermijn.....	33
4.1. Interpretatieproblematiek van de bezitseis	34
4.1.1. HR 29 mei 2020, zaaknummers 19/01680 en 19/01695	38
4.1.2. HR 29 mei 2020, zaaknummer 19/00189	41
4.2. Diverse casusposities	43
4.2.1. Ondernemingsuitbreiding middels een activa-passiva transactie	44
4.2.2. Verwerving/uitbreiding van een belang in een samenwerkingsverband.....	46

4.2.3. Verwerving/uitbreiding van een onderneming of aandelenbelang in een BV	49
4.3. Deelconclusie	55
Hoofdstuk 5 – Conclusie en aanbevelingen	57
5.1. Conclusie.....	57
5.2. Aanbevelingen.....	58
Literatuurlijst.....	62
Literatuur	62
WPNR.....	62
WFR.....	62
TFO.....	62
NTFR	62
FED.....	62
Jurisprudentie	63
Rechtbank.....	63
Gerechtshof	63
Conclusie A-G	63
Hoge Raad.....	63
Parlementaire stukken.....	63
Overig.....	64

Lijst met afkortingen

art.	artikel
BNB	Beslissingen in Belastingzaken
BV	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
BOR	Bedrijfsopvolgingsregeling
c.q.	casu quo
DGA	Directeur-groootaandeelhouder
diss.	dissertatie
FED	FED Fiscaal Weekblad
HR	Hoge Raad
IB	Inkomstenbelasting
jo.	juncto
m.nt.	met noot
MvT	Memorie van Toelichting
nr.	nummer
NTFR	Nederlands Tijdschrift Fiscaal Recht
NV	Nota naar aanleiding van het verslag
NNV	Nota naar aanleiding van het nader verslag
o.a.	onder andere
SW	Successiewet
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
Rb.	Rechtbank
UR S&E	Uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting
VOF	Vennootschap onder firma
Vpb	Vennootschapsbelasting
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WOB	Wet openbaarheid van bestuur
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Hoofdstuk 1 – Inleiding

1.1. Aanleiding

Ondernemers en directeur-grotaandeelhouders (hierna: DGA) lopen op een bepaald moment in hun leven met hetzelfde vraagstuk rond: wie wordt de bedrijfsopvolger en wat zijn de fiscale gevolgen bij de overdracht van de onderneming aan de nieuwe generatie?

Binnen familiebedrijven zal de pater c.q. mater familias het ondernemingsvermogen zo voordelig mogelijk willen doorzetten naar de nieuwe generatie, dit in tegenstelling tot een overdracht naar externen.

Om de continuïteit van ondernemingen bij bedrijfsopvolgingen te waarborgen, zijn de bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in het leven geroepen.¹ De faciliteiten zijn neergelegd in de bedrijfsopvolgingsregeling in de Successiewet 1956 (hierna: SW 1956) en de doorschuifregeling voor aanmerkelijkbelangaandelen en ondernemingsvermogen in de Wet inkomstenbelasting 2001 (hierna: Wet IB 2001). In het navolgende wordt hoofdzakelijk ingegaan op de bedrijfsopvolgingsregeling aangezien het onderzoek zich toespitst op de bezitseis welke enkel geldend is voor de SW 1956.²

De bedrijfsopvolgingsregeling (hierna: BOR) verleent een voorwaardelijke vrijstelling van schenk- en erfbelasting en is voor het eerst in de SW 1956 opgenomen per 1 januari 2002. Vóór deze datum (per 1 januari 1998 met terugwerkende kracht tot 1 januari 1997) werd de verschuldigde schenk- of erfbelasting over het verkregen ondernemingsvermogen deels kwijtgescholden.³ Daarnaast werd voor de nog resterende belastingschuld renteloos uitstel verleend gedurende maximaal tien jaar. Per 1 januari 2002 was de faciliteit bij schenking van toepassing indien de schenker ouder was dan 55 jaar of voor 45% of meer arbeidsongeschikt was, met de aansluitende eis dat het ondernemingsvermogen reeds vijf jaar in bezit was van de schenker en de verkrijger de onderneming voor tenminste vijf jaren zou voortzetten.⁴ In het geval van overlijden was er geen sprake van een bezitstermijn. De faciliteit werd definitief verleend indien is voldaan aan de voortzettingstermijn van vijf jaar.

¹ *Kamerstukken II 2008/09, 31930, 3, p. 4 (MvT).*

² Bij de doorschuifregelingen zijn er geen termijnen gesteld voor de bezitseis van de overdrager en tevens zijn er geen termijnen gesteld aan de voortzettingseis van de voortzetter. Dit verschil is verklaarbaar aangezien de belastingclaim bij de doorschuifregeling niet verloren gaat. De claim wordt uitgesteld in plaats van vrijgesteld. (zie *Kamerstukken II 2009/10, 32129, 8, p. 8-9 (NV)*). Derhalve is de doorschuifregeling minder van belang voor dit onderzoek.

³ De belasting die toerekenbaar was aan tot het ondernemingsvermogen behorende quota, publiekrechtelijke vergunningen en aan het verschil tussen waarde verpachte landbouwgronden en in vrije staat werd voor 100% kwijtgescholden. Daarnaast voorzag de regeling een 25% kwijtschelding over het resterende ondernemingsvermogen. Zie hierover ook M.J. Hoogeveen, WPNR 02/6485, par. 1.

⁴ Art. 35c lid 4 SW 1956 (tekst 2002).

Per 1 januari 2010 is de BOR herzien ter vereenvoudiging van de regeling en met het doel de reële bedrijfsopvolging te faciliteren. Bij de herziening heeft de wetgever ook getracht de BOR meer rechtsvormneutraal te maken. Overdrachten in de winstsfeer en in de kapitaalsfeer dienen zo min mogelijk van elkaar te verschillen. De wetgever heeft zich tevens ten doel gesteld om zoveel mogelijk aan te sluiten bij de economische praktijk van bedrijfsoverdrachten bij leven en bij overlijden van de overdrager.⁵ Om dit te bewerkstelligen zijn er maatregelen getroffen in de wetgeving. Eén van deze maatregelen betrof het opnemen van een bezitseis bij een verkrijging van een onderneming krachtens erfrecht. De erflater dient met ingang van 1 januari 2010 te voldoen aan de bezitseis van één jaar.⁶ Met deze maatregel wordt beoogd te voorkomen dat in het zicht van overlijden belast vermogen wordt omgezet naar onbelast vermogen zonder dat van een reële bedrijfsoverdracht sprake is.⁷

De bezitseis van vijf jaar bij schenking en één jaar bij overlijden is neergelegd in artikel 35d SW 1956 en de voortzettingseis van vijf jaar staat vermeld in artikel 35e SW 1956. Beide eisen hebben ten doel een reële bedrijfsopvolging te faciliteren en misbruiksituaties te voorkomen.⁸ Ondanks deze doelstelling kennen de bezits- en voortzettingseis hun beperkingen waardoor reële bedrijfsopvolgingen niet gefaciliteerd worden of zijn de eisen te ruim zodat de faciliteit oneigenlijk kan worden gebruikt.⁹

Een ondernemer voldoet aan de bezitseis ten aanzien van zijn IB-onderneming ingeval hij de bedoelde onderneming uit artikel 35c lid 1 letter a SW 1956 voor de duur van vijf jaren bij schenking onderscheidenlijk één jaar bij overlijden heeft gedreven. De aldaar genoemde onderneming heeft betrekking op de onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001. In artikel 35c lid 1 letter a SW 1956 staan ook de woorden "of een gedeelte daarvan" vermeld. De vraag is of een zelfstandig gedeelte van een onderneming ook voor de duur van vijf jaren onderscheidenlijk één jaar moet zijn gedreven door de ondernemer. Die vraag doet zich voor op het moment dat een IB-ondernemer die al bijvoorbeeld vijf jaar een onderneming drijft deze onderneming uitbreidt met een zelfstandig gedeelte van de onderneming. Geldt ten aanzien van het verworven zelfstandige gedeelte ook een afzonderlijke bezitstermijn?

Een aandeelhouder voldoet aan de bezitseis als hij zijn aanmerkelijk belang gedurende de vereiste termijn heeft gehouden én als het lichaam waar het aanmerkelijk belang betrekking op heeft

⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 24 november 2008 (*Kamerstukken I* 2008/09, 27789, A, p. 5), en *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, 3, p. 5 (MvT).

⁶ Zie voor verdere maatregelen ter realisatie van de doelstellingen *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, 3, p. 5 (MvT).

⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, 3, p. 5 (MvT).

⁸ *Bezitseis: Kamerstukken II* 2008/09, 31930, 3, p. 5 (MvT) en *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, 9, p. 18, 102-103 (NV II). *Voortzettingseis: Kamerstukken II* 1997/98, 25688, 3, p. 23 (MvT) en *kamerstukken II* 2009/10, 31930, 13, p. 3-4.

⁹ Zie A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, TFO 2019/160.5, p. 25-26.

gedurende de vereiste termijn de onderneming heeft gedreven. Ook hierbij wordt met de onderneming bedoeld een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001. Aangezien evenals bij de IB-onderneming ook in dit geval de woorden "of een gedeelte daarvan" staan vermeld, kan worden afgevraagd of ten aanzien van een zelfstandig gedeelte van de onderneming een afzonderlijke bezitseis dient te gelden. Ingeval de aandelen van de schenker dan wel erflater indirect betrekking hebben op meerdere lichamen, kan worden afgevraagd of de erflater dan wel schenker alleen ten aanzien van zijn gehouden aandelen moet voldoen aan de bezitstermijn of ook ten aanzien van zijn indirect gehouden aanmerkelijk belangen. En hoe werkt de bezitstermijn uit indien de toegerekende onderneming waarop het directe belang betrekking heeft gedurende de bezitstermijn een (zelfstandig deel van een) onderneming verwerft? Maakt het daarbij nog uit of de activiteiten van de verworven onderneming in lijn liggen met de reeds bestaande ondernemingsactiviteiten?

In de literatuur is het een en ander geschreven over de wijze hoe de bezitseis moet worden uitgelegd ten aanzien van ondernemingsuitbreidingen die hebben plaatsgevonden gedurende de vereiste bezitstermijn. De Beer¹⁰ en Rozendal¹¹ stellen dat de tekst van de bezitseis in de wet op twee manieren geïnterpreteerd kan worden. De letter van de wet geeft volgens hen een ruimere interpretatie dan wanneer rekening wordt gehouden met doel en strekking van de wet.

De ruime interpretatie heeft als gevolg dat elke uitbreiding van een objectieve onderneming bij een IB-onderneming voldoet aan de bezitstermijn als ten aanzien van de reeds gedreven objectieve onderneming reeds is voldaan aan die termijn. Voor een uitbreiding van de objectieve onderneming geldt dan geen afzonderlijke bezitstermijn. Is ten aanzien van een objectieve onderneming die gedreven wordt binnen een lichaam voldaan aan de bezitseis, dan zou dit gelden voor alle ondernemingsactiviteiten die aan het lichaam toerekenbaar zijn. Een andere interpretatievorm rijmt beter met het anti-misbruikarakter van de bezitstermijn. Zo zou een afzonderlijke bezitstermijn kunnen gelden voor zelfstandige onderdelen van een onderneming en voor uitbreidingen van de evenredige gerechtigheid tot de objectieve onderneming. Indien de onderneming wordt gedreven door een lichaam zou volgens de "ruime" interpretatievorm per afzonderlijke objectieve onderneming een afzonderlijke bezitstermijn moeten gelden. Waarbij het de vraag is of de wettekst te veel wordt opgerekt als ook een afzonderlijke bezitseis geldt ten aanzien van een zelfstandig gedeelte van een onderneming in een lichaam of ten aanzien van een (uitgebreid) indirect aanmerkelijk belang van de schenker dan wel erflater in een lichaam.¹²

¹⁰ A.M.A. de Beer, WFR 2015/1319, par. 7.

¹¹ A. Rozendal, NTFR 2017/2851

¹² A.M.A. de Beer, WFR 2015/1319, par. 7.2. en 7.3.1.

Pijpers en Visser zijn van mening dat er bij aankoop van een aandelenbelang door de holdingmaatschappij of bij een aankoop van (een zelfstandig gedeelte van) een onderneming geen nieuwe bezitsperiode aanvangt voor de aangekochte aandelen, indien de uitbreiding van de activiteiten aansluiten bij of in het verlengde ligt van de reeds bestaande activiteiten.¹³ Ook Bos-Schepers deelt deze opvatting.¹⁴

Op 23 juli 2018 heeft de Belastingdienst openbaarheid gegeven inzake het interne beleid omtrent de toepassing van de BOR (hierna: het WOB-verzoek). De Belastingdienst stelt zich op het standpunt dat ten aanzien van iedere verworven (gedeelte van een) onderneming een nieuwe bezitstermijn aanvangt, ongeacht of die verwerving dan wel uitbreiding van de reeds bestaande onderneming in lijn ligt met de op dat moment verrichte ondernemingsactiviteiten.¹⁵ Dit standpunt komt overeen met de uitspraak van Rechtbank Zeeland-West Brabant¹⁶, uitspraak van Rechtbank Noord-Holland¹⁷ en de conclusie van de Advocaat-Generaal (hierna: A-G) IJzerman.¹⁸

De discussie bestaat dus omtrent de uitwerking van de bezitseris ten aanzien van de in de vereiste bezitsperiode verworven uitbreidingen van de onderneming (in een lichaam), uitbreidingen van de gerechtigheid van een ondernemer in een onderneming dan wel de uitbreidingen van (in)directe aanmerkelijk belang van een aandeelhouder in een lichaam dat de onderneming drijft.

Op 29 mei 2020 heeft de Hoge Raad twee arresten gewezen omtrent de uitwerking van de bezitseris bij diverse uitbreidingsvormen van het ondernemingsvermogen gedurende de bezitstermijn bij schenking in geval van een aanmerkelijkbelanghouder.¹⁹ De Hoge Raad oordeelt dat de bezitstermijn per afzonderlijke (identificeerbare) onderneming dient te worden toegepast. Deze rechtsopvatting wijkt af van de gehanteerde rechtsopvatting van de rechtbank, alsmede van de conclusie Advocaat-Generaal (hierna: A-G) IJzerman en het beleid van de Belastingdienst.

Ingeval een erflater dan wel schenker gedurende de vereiste bezitsperiode zijn (in)directe aandelenbelang in een lichaam uitbreidt, blijkt uit de uitlatingen van de staatssecretaris dat voor het

¹³ Y.J.M. Pijpers & P. Visser, WFR 2019/172, par. 2.3.

¹⁴ R.M. Bos-Schepers, WFR 2020/8.

¹⁵ Besluit WOB-verzoek bedrijfsopvolgingsregeling, 23 juli 2018, kenmerk 2018-0000119906 inclusief de bijlage bij het WOB-verzoek, beschikbaar via www.rijksoverheid.nl (hierna: WOB-verzoek).

¹⁶ Zie o.a. Rb. Zeeland-West Brabant, 30 november 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6631, nr. 19/00189 en Rb. Noord-Holland, 19 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1089, nr.19/01680 en 19/01695.

¹⁷ Rb. Zeeland-West Brabant, 30 november 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6631, nr. 19/00189

¹⁸ Rb. Noord-Holland, 19 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1089, nr.19/01680 en 19/01695.

¹⁹ HR 29 mei 2020, nr. 19/01680 en nr. 19/01695, ECLI:NL:HR:2020:867 en HR 29 mei 2020, nr. 19/00189, ECLI:NL:HR:2020:990.

nieuwe verkregen belang een afzonderlijke bezitser dient te gelden. Ten aanzien van een uitbreiding van een belang in een VOF geldt volgens de staatsecretaris hetzelfde.²⁰

Gezien de verschillende opvattingen omtrent de toepassing van de bezitser bij uitbreidingen van de onderneming en bij aankopen van nieuwe ondernemingen gedurende de vereiste bezitstermijn, wordt onderzoek gedaan naar een juiste toepassing en uitleg van deze eis. Onderzocht wordt of er een afzonderlijke bezitser dient te gelden over het uitgebreide of aangekochte deel van de ondernemingsactiviteiten gedurende de bezitstermijn in samenhang met het doel van de BOR: het faciliteren van een reële bedrijfsopvolging waarbij de continuïteit van de onderneming gewaarborgd blijft. Hierbij wordt ook rekening gehouden met het voorkomen van misbruiksituaties.

Dit onderzoek beperkt zich tot de toepassing van de bezitser bij een verkrijging van een onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001 en bij een verkrijging van aanmerkelijkbelang aandelen die betrekking hebben op een lichaam dat een onderneming drijft als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001.

1.1. Probleemstelling

De probleemstelling luidt als volgt:

Hoe dient de bezitser van de bedrijfsopvolgingsregeling te worden uitgelegd bij een uitbreiding en/of aankoop van activiteiten van een onderneming (in een lichaam) binnen de bezitsperiode in de zin van artikel 35d, lid 1 onderdelen a en c SW 1956 en binnen de doelstelling van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren en met inachtneming van het voorkomen van misbruiksituaties?

1.2. Opzet

Om de probleemstelling te kunnen beantwoorden, wordt elk onderdeel van de hoofdvraag behandeld in diverse hoofdstukken. Allereerst wordt ingegaan op de BOR an sich en de doelstelling van de bezitser. In dit hoofdstuk wordt de BOR op hoofdlijnen besproken. In hoofdstuk drie wordt dieper ingegaan op de hoofdvraag en wordt onderzocht wat onder het begrip 'reële bedrijfsopvolging' dient te worden verstaan. Hierdoor wordt de doelstelling van de faciliteit ingekaderd. Aangezien de voortzettingseis mede ten doel heeft uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, zal in hoofdstuk drie ook de voortzettingseis worden besproken. In hoofdstuk vier wordt de bezitser diepgaander besproken en onderzocht inzake de toetsing van deze voorwaarde bij een eventuele uitbreiding van de onderneming aan de hand van literatuur, jurisprudentie en het beleid van de Belastingdienst. Hierbij worden diverse casusposities uitgewerkt. Elk hoofdstuk is voorzien van een deelconclusie. In hoofdstuk vijf wordt de conclusie getrokken en daarmee antwoord gegeven op de

²⁰Kamerstukken I 2016/17, 34552 – 34545, E, p. 61 (MvA).

hoofdvraag. In het verlengde daarvan worden aanbevelingen gedaan voor aanpassingen in de wetgeving.

Hoofdstuk 2 – De bedrijfsopvolgingsregeling

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de ratio en systematiek van de BOR. In paragraaf 2.1. wordt de doelstelling en strekking beschreven van de BOR. In paragraaf 2.2. wordt de systematiek van de BOR op hoofdlijnen uiteengezet. Daarbij wordt ingegaan op de inhoud van de faciliteit, het object van de vrijstelling en de gestelde eisen aan de overdrager en aan de bedrijfsopvolger. Aangezien dit onderzoek betrekking heeft op de faciëring van een uitbreiding van een onderneming gedurende de bezitstermijn, is besloten het onderzoek toe te spitsen op een verkrijging van een IB-onderneming (zoals bedoeld in artikel 35c lid 1 letter a SW 1956) en (gewone) aanmerkelijkbelangaandelen (zoals bedoeld in artikel 35c lid 1 letter c SW 1956). De overige vormen van het ondernemingsvermogen in de BOR, zoals de medegerechtigheid, ter beschikking gestelde onroerende zaken aan het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben en preferente aandelen, komen dan ook summier aan bod. De bezitseis wordt nader uitgewerkt in een separaat hoofdstuk. Zie hiervoor hoofdstuk 4.

2.1. Doel en strekking van de BOR

Bij een ontvangen schenking dan wel erfenis dient aangifte schenk- of erfbelasting te worden gedaan. Dit is ook het geval wanneer ondernemingsvermogen of de aandelen die daarop betrekking hebben worden verkregen. Verondersteld is dat de heffing van schenk- of erfbelasting ten aanzien van het verkregen ondernemingsvermogen een probleem kan vormen voor de continuïteit van de onderneming. De verschuldigde belasting over die verkrijging zou mogelijk onttrokken moeten worden uit de verkregen onderneming. Dat deze belastingheffing een gevaar kan vormen voor de continuïteit van ondernemingen is maatschappelijk onwenselijk.²¹ Vanuit die opvatting is de BOR in het leven geroepen. Voor het eerst in 1998 – met terugwerkende kracht tot 1 januari 1997 – als kwijtscheldingsfaciliteit in de Invorderingswet 1990. Sinds 2002 is de BOR terug te vinden in de SW 1956 en is er sprake van een voorwaardelijke vrijstelling. In de loop der jaren is de vrijstelling meerdere keren verhoogd. In 2010 is de BOR herzien en is gesteld dat de wetgeving zodanig geformuleerd moest worden dat de BOR enkel reële bedrijfsopvolgingen faciëert.²²

De BOR heeft dus als doel de continuïteit van de geschonken of vererfde onderneming te waarborgen bij reële bedrijfsopvolgingen. Om dit doel te bewerkstelligen wordt de faciliteit enkel verleend over de waarde van het ondernemingsvermogen van de onderneming.²³ Daarnaast zijn er ook eisen gesteld aan de overdrager (de bezitseis) en aan diens opvolger (de voortzettingseis) met het doel uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciëren, zodat oneigenlijk gebruik wordt voorkomen.

²¹ *Kamerstukken II 1997/98, 25688, 3, p. 7 (MvT).*

²² *Kamerstukken II 2008/09, 31930, 3, p. 4 en 5 (MvT).*

²³ *Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, p. 19 (NV).*

De vraag is wel of de BOR verleend moet worden als maatregel om de doelstelling te verwezenlijken. Onderzoek naar het mogelijke risico dat een onderneming in liquiditeitsproblemen kan komen te verkeren, is namelijk niet gedaan. De veronderstelling is niet meer dan een theoretische onderbouwing.²⁴ Uit onderzoek in 2020 ten behoeve van een beter belastingstelsel is gebleken dat de BOR een te groot cadeau-effect zou bevatten, omdat de verleende vrijstelling veelal groter is dan dat nodig zou zijn geweest om het doel te doen realiseren. Ter vermindering van het cadeau-effect is o.a. geadviseerd de vrijstelling van de BOR te beperken of de vrijstelling voor de voortzettingswaarde af te schaffen. Een betalingsregeling zal wel mogelijk blijven.²⁵ Het verlenen van de huidige vrijstelling lijkt dus niet noodzakelijk te zijn ter bevordering van de doelmatigheid van de BOR. Wellicht had het continuïteitsrisico van ondernemingen grotendeels voorkomen kunnen worden door een eenvoudige en minder ingrijpende regeling. Denk hierbij aan een betalingsregeling zoals Hoogeveen heeft geconcludeerd in haar proefschrift.²⁶

De huidige regeling veroorzaakt mogelijk een onnodige grondslagverlaging voor de heffing van schenk- of erfbelasting.²⁷ Uit het onderzoek in 2020 is gebleken dat de belastingderving van de BOR € 400 miljoen per jaar bedraagt.²⁸ Deze gederfde belastingopbrengsten kunnen mijns inziens beter worden besteed door de staat. Deze discussie staat niet centraal in dit onderzoek en hier wordt dus verder niet over uitgeweid.

2.2. De bedrijfsopvolgingsregeling op hoofdlijnen

2.2.1. Inhoud faciliteit

De BOR is neergelegd in hoofdstuk IIIA van de Successiewet. Om in aanmerking te komen voor deze faciliteit dient ondernemingsvermogen in de zin van artikel 35c SW 1956 te worden verkregen krachtens schenking of krachtens erfrecht. Op verzoek van de verkrijger wordt een vrijstelling verleend van:

- 100% indien de waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft een waarde heeft van maximaal € 1.102.209 (tekst 2020);

²⁴ Van Vijfeijken & Gubbels in: *Cursus Belastingrecht S&E.11.0.0.A.*

²⁵ Ministerie van Financiën, 1 mei 2020, *Bouwstenen voor een beter belastingstelsel*, rapport: belastingen van (inkomen uit) aanmerkelijk belang, par. 7.2. en 7.6.

²⁶ Zie M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving* (diss. Tilburg UvT), 2011, par. 18.4.

²⁷ Zie hiervoor A. de Haan, FED 2009/81.

²⁸ Ministerie van Financiën, 1 mei 2020, *Bouwstenen voor een beter belastingstelsel*, rapport: belastingen van vermogen, par. 6.5.

- 83% voor zover de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming waarop de verkrijging betrekking heeft € 1.102.209 te boven gaat.

Het ondernemingsvermogen dient te worden gewaardeerd naar de waarde going concern (voortzettingswaarde). Ingeval de liquidatiewaarde meer bedraagt dan de voortzettingswaarde is het verschil daartussen volledig vrijgesteld van schenk- of erfbelasting.

Het uitgangspunt voor de berekening van de vrijstelling is de totale waarde van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming. Per objectieve onderneming kan de volledige vrijstelling worden verleend; dus niet per verkrijger. Indien de verkrijger 50% van het ondernemingsvermogen van de objectieve onderneming verkrijgt, wordt de 100%-vrijstelling gehalveerd voor die verkrijger. Hetgeen tot een objectieve onderneming wordt gerekend is neergelegd in artikel 7 van de uitvoeringsregeling schenk- en erfbelasting (hierna: UR S&E). Het gehanteerde objectieve ondernemingsbegrip ten aanzien van de vrijstelling als bedoeld in artikel 35b SW 1956 kan hierdoor afwijken van het gehanteerde ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting, zoals bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001.

De verschuldigde belasting over de verkrijging van het ondernemingsvermogen, wordt aangemerkt als geconserveerde waarde. Hierover wordt uitstel van betaling verleend voor de duur van tien jaren.

Indien het ondernemingsvermogen is verkregen onder last of tegen een tegenprestatie, wordt die last of tegenprestatie niet in mindering gebracht op de waarde van de verkrijging ter bepaling van de hoogte van de vrijstelling. Mijns inziens is dit zeer frappant, aangezien de vrijstelling ruimer kan zijn dan de verkregen waarde van het ondernemingsvermogen verminderd met de last of tegenprestatie. Als naast ondernemingsvermogen ander vermogen wordt verkregen, zal dit vermogen - als gevolg van het niet in aanmerking nemen van een tegenprestatie – onbelast verkregen kunnen worden wegens de hoogte van de vrijstelling van de BOR.²⁹ De BOR strekt zich dus ruimer uit dan het object van de vrijstelling. De reden achter het niet in aanmerking nemen van de tegenprestatie bij de bepaling van de vrijstelling is mij onbekend.

De voorwaardelijke vrijstelling komt (deels) te vervallen ingeval niet wordt voldaan aan de voortzettingseis als bedoeld in artikel 35e SW 1956.

2.2.2. Object van de vrijstelling

Het object van de vrijstelling is de waarde van het ondernemingsvermogen dat verkregen wordt krachtens erfrecht dan wel krachtens schenking. Onder het verkrijgen van ondernemingsvermogen wordt verstaan het verkrijgen van (een gedeelte van) een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet

²⁹ Van Vijfeijken & Gubbels in: Cursus Belastingrecht S&E.11.1.0.D.

IB 2001. Hiermee wordt aansluiting gezocht met het ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting. Dit ondernemingsbegrip geldt tevens bij een verkrijging van aanmerkelijkbelangaandelen die betrekking hebben op een lichaam waarin een onderneming wordt gedreven of die een medegerechtigdheid houdt in de zin van artikel 3.3 lid 1 letter a Wet IB 2001. Indien het IB-ondernemingsbegrip niet geldend zou zijn voor een lichaam, zou een verkrijging van aanmerkelijkbelangaandelen verschillend behandeld worden ten opzichte van een verkrijging van een IB-onderneming. Het ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting kent namelijk een andere definitie dan voor een onderneming die gedreven worden binnen een lichaam.

Lichamen waarvan het kapitaal in aandelen is verdeeld worden voor de toepassing van de vennootschapsbelasting geacht de onderneming te drijven met hun gehele vermogen.³⁰ Hierdoor behoort het beleggingsvermogen in het lichaam bij fictie tot het ondernemingsvermogen. Voor de IB-onderneming gelden de vermogensetiketteringsregels ter bepaling van wat tot het ondernemingsvermogen behoort. Ter voorkoming van de verschillende behandeling en in het kader van de beoogde rechtsvormneutraliteit is besloten het ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting ook toe te passen op ondernemingen die gedreven worden door een lichaam. Hierdoor zijn de vermogensetiketteringsregels ook van toepassing op het vermogen van een lichaam. Indien op basis van de vermogensetiketteringsregels het vermogen van een lichaam kwalificeert als keuzevermogen, wordt dat vermogen tot het ondernemingsvermogen gerekend. De reden hiervoor is dat een lichaam naar haar aard de keuze niet maakt.³¹

Vervolgens wordt een inbreuk gemaakt op de rechtsvormneutraliteit ten aanzien van het beleggingsvermogen in een lichaam. Het beleggingsvermogen van het lichaam waarop het aanmerkelijk belang van de overdrager betrekking op heeft, wordt namelijk geacht voor 5% van het ondernemingsvermogen onderdeel uit te maken van het kwalificerende ondernemingsvermogen waarop de BOR van toepassing is. De 5%-marge is in de wetgeving opgenomen om discussies omtrent blijvend overtollig (liquide) middelen te voorkomen.³²

Indien de verkregen aandelen preferente aandelen betreffen zijn er aanvullende regels getroffen in artikel 35c lid 4 SW 1956 jo. artikel 8 UR S&E. Het gaat daarbij niet om de aandelen die juridisch preferent worden genoemd, omdat aandelen bijvoorbeeld een bijzonder stemrecht hebben. Onder de aldaar genoemde preferente aandelen behoren aandelen die alleen recht geven op een (cumulatief) vast dividend en niet op de aandelen die (gedeeltelijk) meedelen in de waardevermeerdering van het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben. Verkrijgers van dergelijke preferente aandelen die

³⁰ Art. 2 lid 5 Wet Vpb 1969.

³¹ *Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, p. 96 (NV)* en *Kamerstukken II 2009/10, 32129, nr. 3, p. 43 (MvT)*.

³² *Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, p. 96-97 en 100-101 (NV)*.

betrekking hebben op kwalificerend ondernemingsvermogen komen in beginsel niet in aanmerking voor de BOR, tenzij er wordt voldaan aan de aanvullende voorwaarden. Als aan de voorwaarden wordt voldaan, wordt geacht dat de preferente aandelen zijn ontstaan in het kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging.³³

In artikel 8 UR S&E zijn met betrekking tot preferente aandelen aanvullende regelingen opgenomen. Hierin zijn situaties beschreven waarbij preferente aandelen worden uitgegeven aan erflater dan wel schenker of worden verkregen door de bedrijfsopvolger en gelijkgesteld moeten worden met de genoemde voorwaarden in artikel 35c lid 4 SW 1956. Daardoor is de BOR bijvoorbeeld ook mogelijk van toepassing op een indirect gehouden preferent aandelenbelang.³⁴

Bij een verkrijging van een aandelenbelang is er in de praktijk in de meeste gevallen sprake van een aandelenbelang dat betrekking heeft op een holdingmaatschappij waarin geen onderneming wordt gedreven. Indien de holding deelnemingen houdt in (meerdere) werkmaatschappij(en), hebben de verkregen aandelen indirect betrekking op een lichaam dat een onderneming drijft. Op grond van artikel 35c lid 5 SW 1956 (toerekeningregel) worden de bezittingen en schulden van dit andere lichaam – mits voldaan wordt aan de voorwaarden – met inachtneming van de omvang van het belang, toegerekend aan de holdingmaatschappij waarin de overdrager een aanmerkelijk belang heeft. Deze toerekening vindt plaats met het doel om een verkrijging van een indirect aanmerkelijk belang in een lichaam zoveel mogelijk gelijk te behandelen als een verkrijging van een direct aanmerkelijk belang in een actief lichaam.³⁵

2.3. De bezitseis

De bezitseis is neergelegd in artikel 35d SW 1956. In deze bepaling worden eisen gesteld aan de schenker of erflater. Om in aanmerking te komen voor de voorwaardelijke vrijstelling dient de erflater of schenker een onderneming respectievelijk gedurende één jaar tot het overlijden of gedurende vijf jaren tot de schenking te hebben gedreven. Ingeval de erflater dan wel schenker een aanmerkelijk belang bezit, dient hij dit aanmerkelijk belang gedurende één onderscheidenlijk vijf jaren in zijn bezit te hebben gehad en dient het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft gedurende diezelfde periode een onderneming te drijven.

³³ Zie *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 9, p. 97-98. Houders van preferente aandelen kunnen worden beschouwd als kapitaalverschaffers, omdat zij feitelijk niets anders zijn dan financiers van het lichaam die de onderneming drijft. Houders van preferente aandelen worden derhalve gezien als belegger en niet als ondernemer.

³⁴ Artikel 8 lid 3 UR S&E.

³⁵ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 3, p. 45 (MVT).

2.3.1. Doelstelling van de bezitseis

Voordat de faciliteit in 2010 is herzien, maakte de bezitseis reeds onderdeel uit van de BOR. Het bezitsvereiste gold enkel bij verkrijgingen krachtens schenking en kende destijds ook al een termijn van vijf jaren. Met deze voorwaarde werd en wordt nog steeds voorkomen dat de schenkbelasting kan worden omzeild door het omzetten van belast vermogen in onbelast vermogen in het zicht van de schenking. De bezitstermijn voorkomt dergelijk misbruik.

Destijds is bewust afgezien van een bezitsvereiste ten aanzien van de erflater. Geacht werd dat een erfrechtelijke verkrijging doorgaans niet zou zijn te voorzien, zodat er geen misbruik van de regeling kon worden gemaakt. Daarnaast vond de wetgever het onwenselijk dat de voort te zetten onderneming door de verkrijger in financiële problemen zou komen als de erflater de onderneming voor een (te) korte duur zou drijven of het aanmerkelijkbelangpakket voor een (te) korte duur zou houden.³⁶

Bij de herziening van de BOR in 2010 is de wetgever hierop teruggekomen en is het bezitsvereiste bij overlijden in de wet opgenomen. In tegenstelling tot de eerdere veronderstelling bleek dat in het zicht van het overlijden belast vermogen wel degelijk werd omgezet in (deels) onbelast ondernemingsvermogen bij de gevallen waarbij het overlijden voorzienbaar was. Aangezien de BOR ten doel heeft om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren, is deze maat in de wet gerepareerd. De bezitstermijn bij vererving van ondernemingsvermogen is sindsdien gesteld op één jaar.³⁷ De bezitseis heeft daarmee mede ten doel enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

2.3.2. Systematiek van de bezitseis

Ter realisering van de doelen dat enkel reële bedrijfsopvolgingen worden gefacilieerd en oneigenlijk gebruik van de regeling wordt voorkomen, dient de bezitseis materieel te worden ingevuld. Voldaan wordt aan de bezitseis als de aandelen bijvoorbeeld pas drie jaar bestaan, maar voorafgaande aan die periode de onderneming minimaal twee jaar voor rekening en risico van de huidige aanmerkelijkbelanghouder werd gedreven.³⁸ Denk hierbij ook aan de geruisloze terugkeer vanuit de BV als bedoeld in artikel 14c Wet Vpb 1969 die plaats vindt gedurende de bezitstermijn. De achterliggende aandeelhouder blijft na terugkeer immers gerechtigd in de onderneming behouden. Deze materiële behandeling is in de wet opgenomen in artikel 9 URS&E. Bij de aldaar genoemde situaties heeft de wetgever echter geen rekening gehouden met ruisende doorschuifsituaties.³⁹

³⁶ *Kamerstukken II 1997/98*, 25688, nr. 3, p. 8 (MvT).

³⁷ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 3, p. 46 (MvT).

³⁸ *Kamerstukken II 2008/09*, 31930, nr. 9, p. 103 (NV).

³⁹ Zie ook Hoogwout, FTV 2019, nr. 9, "De bezitseis voor de bedrijfsopvolgingsregeling", par. 2.

Bezitseis ten aanzien van de IB-ondernemer

De overdragende IB-ondernemer dient zijn onderneming gedurende ten minste vijf jaren voorafgaand aan de schenking te hebben gedreven om de bedrijfsopvolging gefacilieerd te laten plaats vinden. Bij overlijden is de bezitstermijn gesteld op één jaar. Met onderneming wordt bedoeld een onderneming als bedoeld in artikel 35c lid 1 letter a SW 1956, betreffende een onderneming zoals bedoeld in artikel 3.2 wet IB 2001. De bezitseis geldt derhalve voor de ondernemer die een onderneming voor zijn rekening en risico heeft gedreven.

Bezitseis ten aanzien van de aanmerkelijkbelanghouder

Voor de overdragende aanmerkelijkbelanghouder gelden dezelfde termijnen als bij de IB-ondernemer. De bezitseis van een aanmerkelijk belang betreft een dubbele bezitseis: I) de aanmerkelijkbelanghouder dient gedurende de termijnen het aanmerkelijk belang in bezit te hebben gehad en II) gedurende die periode dient het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft de onderneming te drijven. Onder een aanmerkelijk belang wordt verstaan het aanmerkelijk belang zoals bedoeld in afdeling 4.3 Wet IB 2001 met uitzondering van artikel 4.10 Wet IB 2001 (meetrekregeling). Evenals bij de IB-onderneming wordt wederom met onderneming bedoeld een onderneming zoals bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001. Hierdoor wordt aangesloten bij het ondernemingsbegrip uit de inkomstenbelasting.

Ondernemingsuitbreidingen gedurende de bezitseis

Omtrent de toepassing van de bezitseis ten aanzien van een (uitgebreid) indirect aanmerkelijk belang, uitbreiding van de onderneming middels een activa-passiva transactie alsmede ten aanzien van uitgebreide ondernemingsactiviteiten bestaat de nodige discussie.

In de praktijk en literatuur is meerdere malen het standpunt ingenomen dat er geen nieuwe bezitstermijn aanvangt als de onderneming is uitgebreid met een nieuwe onderneming of een zelfstandig onderdeel daarvan gedurende de bezitstermijn, mits die uitbreiding aansluit bij of in het verlengde ligt van de reeds bestaande activiteiten van het lichaam. Het zou dan voldoende zijn dat het lichaam waarop het aanmerkelijk belang van erflater dan wel schenker betrekking op heeft gedurende de bezitstermijn reeds een onderneming – als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 – dreef.⁴⁰ Uit jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat deze opvatting juist is ingeval gedurende de bezitstermijn activa en passiva (een onderneming) wordt gekocht welke is opgegaan in de reeds gedreven onderneming op het moment dat het belastbaar feit zich voordoet.⁴¹

⁴⁰ Zie o.a. R.M. Bos-Schepers, WFR 2020/8 en Y.J.M. Pijpers en P. Visser, WFR 2019/172.

⁴¹ HR 29 mei 2020, nr. 19/01680, nr. 19/01695, ECLI:NL:HR:2020:867, r.o. 2.4.1 – 2.4.7.

De Belastingdienst, Rechtbank en A-G IJzerman hebben een ander standpunt ingenomen, namelijk dat de bezitstermijn wel op elk zelfstandig gedeelte van een onderneming van toepassing is, omdat het aanschaffen van een (zelfstandig onderdeel) van een onderneming los staat van de reeds gedreven onderneming.⁴² De Hoge Raad is in een zaak op eenzelfde beslissing gekomen, echter wel op basis van een andere motivering. In het geval de indirecte belangen van een holdingmaatschappij in andere lichamen zelfstandig zijn aan te merken als een objectieve onderneming dient ten aanzien van die zelfstandige ondernemingen een afzonderlijke bezitstermijn te gelden.⁴³

In hoofdstuk 4 wordt deze discussie uitvoerig geanalyseerd.

2.3.3. De bezitstermijn

De bezitstermijn waaraan de schenker dan wel erflater moet voldoen voorkomt het tegengaan van misbruik van de regeling. Daarnaast wordt getracht door middel van de bezitstermijn uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te realiseren.

Ter voorkoming van misbruik is het van belang dat er eisen worden gesteld aan de bezitsduur van het ondernemingsvermogen. Zonder een vereiste termijn is het mogelijk om belast vermogen om te zetten in onbelast vermogen in het zicht van schenking, dan wel vererving.

Om te kunnen spreken van een reële bedrijfsopvolging dient de overdrager in ieder geval de onderneming enige tijd te hebben gedreven.⁴⁴ Met de geldende termijnen wordt geacht dat daarvan sprake is indien de erflater of schenker de onderneming gedurende één onderscheidenlijk vijf jaren in zijn bezit heeft gehad.⁴⁵

Ondanks de gestelde doelen van de bezitstermijn en de materiële invulling van de vereiste termijn, blijkt de termijn de bovengenoemde doelen niet volledig te realiseren. In hoofdstuk 3 wordt hier verder op ingegaan.

2.4. De voortzettingseis

De voortzettingseis is neergelegd in artikel 35e SW 1956. De verkrijger voldoet aan de voortzettingseis indien hetgeen dat wordt verkregen voor de duur van vijf jaren wordt voortgezet.

⁴² Zie WOB-verzoek, Rb. Zeeland-West Brabant, 30 november 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6631, V-N 2019/17.2.4, Rb. Noord-Holland, 19 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1089, V-N 2019/2133, concl. A-G IJzerman, ECLI:NL:PHR:2019:825, bij Rb. Zeeland-West Brabant 30 november 2018, nr. 19/00189 en concl. A-G IJzerman, ECLI:NL:PHR:2019:827, bij Rb. Noord-Holland, 19 februari 2019, nr. 19/01680 en 19/01695.

⁴³ HR 29 mei 2020, nr. 19/00189, ECLI:NL:HR:2020:990, r.o. 2.4.1 – 2.4.3.

⁴⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, nr. 9, p. 17 (NV).

⁴⁵ Zie ook A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, WFR 2019/160.5, par. 4.1.

Van voortzetting is geen sprake ingeval de voortzetter dan wel het lichaam waar de verkregen aandelen betrekking op hebben (gedeeltelijk) ophoudt winst te genieten binnen de voortzettingstermijn van vijf jaren. Hiermee is aansluiting gezocht bij het stakingsbegrip uit de inkomstenbelasting. Dit is een bewuste keuze geweest, omdat het stakingsbegrip een bekend fiscaal begrip is en het bij staking gaat om het voortzetten van de onderneming.⁴⁶ Een afwijking van het stakingsbegrip uit de inkomstenbelasting is mogelijk indien de specifieke aard van de BOR daarom vraagt. Dat is het geval bij bijvoorbeeld een overdracht van de onderneming middels artikel 3.63 Wet IB 2001. Voor de inkomstenbelasting wordt geacht dat de onderneming in dat geval niet is gestaakt. Deze niet-stakingsfictie werkt niet door naar de BOR.⁴⁷

In kader van de beoogde rechtsvormneutraliteit is het stakingsbegrip uit de inkomstenbelasting van toepassing op lichamen waarvan de aandelen in eigendom zijn van de voortzetter. Aan de voortzettingkant heeft de verkrijger van het aanmerkelijkbelangpakket te maken met een dubbele eis. Naast de eis dat de onderneming waar de aandelen van het lichaam betrekking op hebben niet mag ophouden winst te genieten, dient ook de achterliggende verkrijger het aandelenpakket of een gedeelte daarvan niet te vervreemden of een deel van de rechten daarvan, of om te zetten in preferente aandelen of op andere wijze de aanspraak op toekomstige winsten en waardeontwikkelingen te beperken gedurende de voortzettingseis.

Evenals de bezitseis kent ook de voortzettingseis een materiële invulling. De materiële invulling is nader geregeld in artikel 10 UR S&E. Hierin zijn uitzonderingen opgenomen met betrekking tot situaties die in feite een inbreuk maken op de voortzettingseis, maar waarbij het terugnemen van de vrijstelling in de aldaar vermelde situaties ongewenst zou zijn. Er wordt geen inbreuk gemaakt op het voortzettingseis indien de verkrijger binnen de voortzettingstermijn huwt in de algehele gemeenschap van goederen of als de huwelijksgemeenschap wordt ontbonden. Daarnaast wordt de voortzettingseis niet geschonden op het moment dat de IB-onderneming geruisloos wordt ingebracht in de BV of vanuit BV geruisloos terugkeert. Tevens wordt de vrijstelling niet teruggenomen op het moment dat er sprake is van een gefaciliteerde aandelenfusie, juridische fusie of juridische splitsing óf indien de onderneming van de verkrijger ophoudt winst te genieten wegens overheidsingrijpen.⁴⁸ Evenals bij de materiële behandeling van de bezitseis is ook bij de voortzettingseis geen rekening gehouden met ruisende doorschuifsituaties.

⁴⁶ *Kamerstukken II 2009/10, 31930, nr. 13, p. 3-4 (NNV).*

⁴⁷ *Kamerstukken II 2009/10, 31930, nr. 3, p. 46 (MvT).*

⁴⁸ Met gefaciliteerde fusie of splitsing wordt bedoeld een fusie in de zin van artikel 3.55 Wet IB 2001 of artikel 14 Wet Vpb 1969 of een splitsing in de zin van artikelen 3.56, 3.57 Wet IB 2001 of artikelen 14a, 14b Wet Vpb 1969.

Indien de voortzetter niet aan de voorwaarde van de voortzettingseis voldoet, wordt de vrijstelling ingetrokken en dient er alsnog erf- of schenkbelasting over het eerder vrijgestelde deel betaald te worden.

De voortzettingseis sluit aan bij de kern van de BOR: namelijk het faciliteren van een reële bedrijfsopvolging. Ik citeer:

“Van een reële bedrijfsopvolging is alleen sprake indien de onderneming door de verkrijger daadwerkelijk gedurende een redelijke termijn wordt voortgezet dan wel de aandelen gedurende een redelijke termijn in zijn bezit blijven.”⁴⁹

2.5. Samengevat

De toepassing van de BOR is subjectgebonden. Het gaat om de verkrijging van een onderneming dat wordt gedreven door de achterliggende ondernemer of aanmerkelijkbelanghouder en wordt overgedragen aan de opvolger. De BOR heeft als doel de continuïteit van ondernemingen te waarborgen op het moment dat het ondernemingsvermogen wordt geschonken dan wel vererfd. Wellicht is een betalingsregeling hiervoor al voldoende.

Daarnaast is ten doel gesteld dat enkel reële bedrijfsopvolgingen behoren te worden gefacilieerd. Middels de bezits- en voortzettingseis wordt beoogd deze doelstelling te bereiken. De vereiste bezitstermijn heeft ten eerste ten doel anti-misbruik te voorkomen en ten tweede ten doel de reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. De vereiste voortzettingstermijn geeft de verwachting dat na vijf jaren voortzetten pas sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Daarnaast dient de voortzettingstermijn oneigenlijk gebruik van de regeling te voorkomen.

De regeling dient een rechtsvormneutrale werking te hebben. De juridische huls van de onderneming, dient geen verschil te veroorzaken in de toepassing van de BOR. In verband hiermee is ten aanzien van de bezitseis aansluiting gezocht bij het ondernemingsbegrip in de Wet IB 2001. Ten aanzien van de voortzettingseis is aansluiting gezocht bij het stakingsbegrip in de Wet IB 2001. De begrippen uit de inkomstenbelasting zijn voor toepassing van de BOR geldende leerstukken voor ondernemingen die gedreven worden binnen een lichaam.

De BOR lijkt haar doelstelling om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren niet in elk geval te realiseren. Hierbij is nog wel de vraag wat verstaan moet worden onder het begrip “de reële bedrijfsopvolging”. Deze vraag wordt uitgewerkt in het volgende deel.

⁴⁹Kamerstukken II 1997/98, 25688, nr. 3, p. 23 (MvT).

Hoofdstuk 3 – De reële bedrijfsopvolging

Bij de herziening van de wetgeving in 2010 is de BOR zodanig gewijzigd dat deze meer aan zou moeten sluiten bij de bedrijfsopvolging in de economische praktijk. Om dit te bewerkstelligen zijn de leeftijdseis en de arbeidsongeschiktheidseis voor de overdrager bij het doen van een schenking van de onderneming vervallen. Daarnaast faciliteert de BOR een ter beschikking gesteld bedrijfspand als tegelijkertijd ook aandelen worden verkregen. De getroffen herziening zou ervoor zorgen dat de fiscale regelgeving een bedrijfsopvolging niet langer zou belemmeren.⁵⁰ De vraag is of het de wetgever gelukt is om enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren en wat een reële bedrijfsopvolging inhoudt.

Om deze vraag te beantwoorden wordt eerst ingegaan op hetgeen dat onder een reële bedrijfsopvolging moet worden verstaan. Daarnaast dienen “echte ondernemers” in aanmerking te komen voor de BOR.⁵¹ Wat hieronder moet worden verstaan volgt uit paragraaf 3.2. Ten slotte wordt ingegaan op de duur van het ondernemerschap dat is vereist om te spreken van een reële bedrijfsopvolging. Hierbij wordt ook ingegaan op de eventuele tekortkomingen van de bezits- en voortzettingseis.

3.1. Definitie reële bedrijfsopvolging

In de nota naar aanleiding van het verslag heeft de wetgever aangegeven dat er sprake is van een reële bedrijfsopvolging als:

“(…)een overdracht van een «onderneming» door een «ondernemer», die de onderneming enige tijd heeft gedreven, aan een bedrijfsopvolger, die de onderneming «als ondernemer voortzet».”⁵²

In de Successiewet hebben deze bewoordingen een kleine aanpassing ondergaan. Voor toepassing van de BOR wordt onder een bedrijfsopvolging het volgende verstaan:

“(…)een verkrijging van ondernemingsvermogen als bedoeld in artikel 35c, van een erflater of schenker die voldoet aan de bezitstermijn als bedoeld in artikel 35d, mits de verkrijger gedurende vijf jaren voldoet aan het voortzettingsvereiste, bedoeld in artikel 35e.”⁵³

Op basis hiervan dient er dus sprake te zijn van een ondernemer, die zijn materiële onderneming overdraagt aan een persoon die dezelfde onderneming zal voortzetten in zijn hoedanigheid als ondernemer. Deze omschrijving is geldend voor zowel de IB-ondernemer als de

⁵⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, p. 5 (MvT).

⁵¹ Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, p. 103 (NV).

⁵² Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 9, p. 17 (NV).

⁵³ Zie art. 35c lid 5 SW 1956

aanmerkelijkbelanghouder die een onderneming drijft in het lichaam waar hij aandeelhouder van is. Met deze definitie wordt echter niet de reële bedrijfsopvolging maar enkel een bedrijfsopvolging gedefinieerd.

Uit eerdere onderzoeken blijkt dat een definitie van de reële bedrijfsopvolging niet bestaat en een specifieke definitie van de bedrijfsopvolging evenmin bestaat.⁵⁴

De Beer heeft eerder onderzocht aan welke voorwaarden voldaan moet zijn om te spreken van een reële bedrijfsopvolging naar het oordeel van de wetgever. Hieruit zijn de volgende drie criteria voortgekomen:

- **Betrokkenheidscriterium:** de overdrager geeft als (mede)beleidsbepaler leiding aan de onderneming (van de vennootschap) en beïnvloedt uit dien hoofde de winstgevendheid ervan.
- **Winstgerechtigheidscriterium:** de overdrager heeft - via zijn aandelenbelang (aanmerkelijk belang) in de vennootschap - recht op de winsten van de vennootschap en deze winstrechten mogen niet zijn beperkt.
- **Opvolgingscriterium:** De opvolger zet de positie van de overdrager voort.⁵⁵

De eerste twee gevormde criteria van De Beer komen overeen met de definitie van het ondernemerschap in het spraakgebruik (reëel ondernemerschap). Hiervan is de wetgever uitgegaan blijkens de parlementaire geschiedenis.⁵⁶ Het ondernemersbegrip is van belang om te bepalen of er sprake is van een reële bedrijfsopvolging. De overdrager en opvolger dienen immers te voldoen aan de eerste twee criteria, zodat er sprake is van een reële bedrijfsopvolging.

3.2. Reëel ondernemerschap

In het voorgaande is kort gesproken over de definitie van het ondernemersbegrip. De wetgever lijkt in de parlementaire geschiedenis te zijn uitgegaan van het ondernemerschap zoals deze in het algemeen wordt beschreven. In de BOR is aansluiting gezocht bij het fiscale ondernemersbegrip. De vraag is in hoeverre het fiscale begrip aansluit bij de algemene definitie.⁵⁷

3.2.1. IB-ondernemer

Bij het faciëren van een bedrijfsopvolging bij een IB-onderneming sluit de BOR aan bij het ondernemersbegrip in de Wet IB 2001. Onder ondernemer wordt verstaan: de belastingplichtige voor rekening van wie een onderneming wordt gedreven en die rechtstreeks wordt verbonden voor

⁵⁴ M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving* (diss. Tilburg UvT), 2011, par. 5.2.1.

⁵⁵ A.M.A. de Beer, WFR 2010/1242, par. 4.

⁵⁶ A.M.A. de Beer, WFR 2010/1242, par. 5.1.

⁵⁷ Zie hiervoor ook A.M.A. de Beer, WFR 2010/1242, par. 5 en A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, TFO 2019/160.5, par. 3.

verbintenissen betreffende die onderneming (art. 3.4 Wet IB 2001) of de beoefenaar van een zelfstandig beroep (art. 3.5 Wet IB 2001). Hiermee heeft de wetgever aansluiting gezocht bij de economische en maatschappelijke werkelijkheid van het ondernemerschap.

“Slechts degenen die kunnen worden aangemerkt als ondernemers in economisch en maatschappelijk opzicht dienen fiscaal als ondernemers te worden aangemerkt.”⁵⁸

Verder is gesteld dat de belastingplichtige niet alleen de baten van de onderneming voor zijn rekening krijgt maar ook de lasten van de onderneming voor zijn rekening neemt. Zo is de IB-ondernemer ook aansprakelijk voor de schulden van de onderneming jegens haar crediteuren. Het enkel ter beschikking stellen van kapitaal aan een onderneming is dan ook niet voldoende om gekwalificeerd te worden als ondernemer (verbondenheidseis).⁵⁹

Doordat de IB-onderneming voor rekening en risico wordt gedreven door de ondernemer, wordt daarmee voldaan aan het eerder vermelde winstgerechtigheids criterium. Ondanks het feit dat fiscale begrip geen eis stelt ten aanzien van de beleidsbepaling van de onderneming, is het eerder vermelde betrokkenheids criterium een gevolg van de verbondenheidseis. Een ondernemer zal het risico op hoofdelijk aansprakelijkheid ten aanzien van de schulden van de onderneming pas aanvaarden op het moment hij ook het beleid van die onderneming kan bepalen.

Uit het voorgaande blijkt dat het IB-ondernemersbegrip en de algemene definitie van het ondernemerschap elkaar overlappen. Het fiscale begrip omvat tevens de hiervoor vermelde betrokkenheids criterium en winstgerechtigheids criterium. Hiermee sluit het fiscale ondernemersbegrip aan bij het ondernemersbegrip waarvan de wetgever is uitgegaan blijkens de parlementaire geschiedenis. Het fiscale ondernemersbegrip sluit daarentegen wel bepaalde gevallen uit als ondernemer die op basis van de hiervoor vermelde criteria wel kunnen kwalificeren als reëel ondernemer. Zo kwalificeert de stille maat niet als ondernemer voor de Wet IB 2001. De stille maat wordt immers niet verbonden voor verbintenissen van de onderneming.⁶⁰ In het kader van de rechtsvormneutraliteit is het mijns inziens wenselijk dat een stille maat – mits hij voldoet aan het betrokkenheids- en winstgerechtigheids criterium – ook als ondernemer kan worden aangemerkt. De huidige wettelijke definitie van een ondernemer in artikel 3.4 Wet IB 2001 dient daarvoor te worden aangepast. Dit kan mogelijk middels een bepaling waardoor bepaalde belastingplichtigen die voldoen aan de twee hiervoor vermelde criteria – en dus aan het reëel ondernemerschap – alsnog worden aangemerkt als ondernemer, maar waarbij het ook van belang is dat medegerechtigden niet worden

⁵⁸ *Kamerstukken II 1998/99, 26727, nr. 3, p. 92 (MvT).*

⁵⁹ *Kamerstukken II 1998/99, 26727, nr. 3, p. 97 (MvT).*

⁶⁰ HR 14 november 2011, ECLI:NL:HR:2008:BC3673, nr. 42927 en zie artikel 3.4 Wet IB 2001.

aangemerkt als ondernemer. Met een dergelijk aanpassing sluiten de definitie van een ondernemer in de winstfeer en de definitie van een “ondernemer” in de aanmerkelijkbelangsfeer meer bij elkaar aan. Dit werkt vervolgens door naar de toepassing van de BOR en zal de beoogde rechtsvormneutraliteit van de faciliteit doen bevorderen. Het is mijns inziens onwenselijk te noemen dat een aanmerkelijkbelanghouder zijn onderneming gefacilieerd kan overdragen en een stille maat zijn onderneming niet gefacilieerd kan overdragen. Beiden zijn in beginsel niet verbonden aan verbintenissen van de onderneming, maar kunnen wel voldoen aan het reëel ondernemerschap.

De hiervoor geschetste mogelijke aanpassing van de wetgeving in de Wet IB 2001 dient vervolgens samen te gaan met een andere wetwijziging. Door stille maten aan te merken als ondernemers, ontstaat het risico dat een DGA een stille maatschap aangaat met zijn BV – zoals dit heden ten dage gebeurt met beroepsbeoefenaren als bedoeld in artikel 3.5 Wet IB 2001 – en daardoor kunnen profiteren van de ondernemersfaciliteiten die voor de IB-ondernemingen zijn bedoeld als van de fiscale voordelen die gelden voor een door een lichaam gedreven onderneming. Artikel 3.4 Wet IB dient derhalve nog te worden uitgebreid met een bepaling waarmee wordt bewerkstelligd dat een belastingplichtige, die winst geniet uit een samenwerkingsverband met een BV waarvan hij een aanmerkelijkbelanghouder is, niet als ondernemer kan kwalificeren.⁶¹

3.2.2. Aanmerkelijkbelanghouder

Bij het faciëren van een bedrijfsopvolging bij een onderneming van een lichaam sluit de BOR aan bij het aanmerkelijkbelangbegrip als bedoeld in afdeling 4.3, met uitzondering van artikel 4.10 Wet IB 2001. Indien de erflater of schenker aanmerkelijkbelanghouder is van een lichaam waarin een materiële onderneming wordt gedreven, kan de bedrijfsopvolging gefacilieerd worden middels de BOR. Hierbij zijn geen verdere eisen gesteld aan enige betrokkenheid of winstgerechtigheid van de aandeelhouder tot de onderneming van het lichaam. De aanmerkelijkbelanghouder – behoudens de preferente aandeelhouder⁶² – die zijn aandelenpakket houdt in zijn hoedanigheid van belegger komt in aanmerking voor de BOR evenals de aanmerkelijkbelanghouder die zich wel bemoeit met het beleid van de onderneming en zich inzet voor het reilen en zeilen van die onderneming. Zolang het aanmerkelijkbelangpakket betrekking heeft op ondernemingsvermogen is de BOR van toepassing. Dat de aanmerkelijkbelanghouder de aandelen houdt als belegging doet daar niet aan af. Denk hierbij aan stemrechtloze aandelen.

⁶¹ Van Kempen in: Cursus Belastingrecht IB.3.2.35.B.e1.

⁶² Ten aanzien van de overdracht van preferente aandelen zijn wel nadere eisen gesteld. De preferente aandeelhouder kan zijn preferente aandelen enkel gefacilieerd overdragen mits de preferente aandelen zijn ontstaan in kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging. Zie artikel 35c lid 4 SW 1956 jo. artikel 8 UR S&E. Zie voor commentaar op deze wetsartikelen A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, TFO 2019/160.5, par. 3.4.

Gewone aandelen geven de aanmerkelijkbelanghouder stemrecht en winstrecht. Daarmee kan de aandeelhouder invloed uitoefenen op de bedrijfsvoering. De beloning die daaraan is gekoppeld, heeft een onzeker karakter en komt voor rekening van de aanmerkelijkbelanghouder. Ingeval de aanmerkelijkbelanghouder invloed uitoefent, hetzij via zijn stemrecht of via een bestuursfunctie, en daarvoor enige beloning zal ontvangen, voldoet de aanmerkelijkbelanghouder aan het betrokkenheids criterium en winstgerechtigheids criterium. In een dergelijk geval kan de aanmerkelijkbelanghouder gezien worden als een "echte" ondernemer.⁶³

Passieve en actieve aanmerkelijkbelanghouders komen beiden in aanmerking voor de BOR. Dit strookt niet met de reële bedrijfsopvolgingsgedachte.⁶⁴ De wetgever had een criterium moeten inpassen zodat zijn doelstelling verwezenlijkt had kunnen worden en uitsluitend ondernemers in maatschappelijk en economisch opzicht in aanmerking zouden komen voor een gefacilieerde bedrijfsopvolging. Dat criterium zou dan kunnen aansluiten bij het eerder vermelde betrokkenheids criterium en winstgerechtigheids criterium.

Aan het betrokkenheids criterium kan worden voldaan op het moment dat de passieve aandeelhouder een bestuursfunctie of leidinggevende functie bekleedt binnen de onderneming waarop de aandelen betrekking hebben. De passieve aandeelhouder bepaald vanuit zijn functie mede het beleid van die onderneming en is dan alsnog betrokken tot die onderneming. Als de aandeelhouder enkel winstrechtloze aandelen houdt, wordt er niet voldaan aan het winstgerechtigheids criterium. Indien deze winstrechtloze aandelen zijn ontstaan in kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging kan bij overgang van deze aandelen de BOR alsnog van toepassing zijn. Ten aanzien van de (cumulatieve) preferente aandelen is dit reeds geregeld in artikel 35c lid 4 SW 1956.⁶⁵ Daarnaast zou een dergelijke aanpassing van de wetgeving geen inbreuk maken op het waarborgen van de continuïteit van de onderneming. Verkrijgers van enkel stem- of winstrechtloze aandelen hebben namelijk, respectievelijk gezien, geen invloed of zijn niet gebaat bij een besluit om liquiditeiten te onttrekken van die onderneming. Dit is anders indien de verkrijger van die soort aandelen reeds gewone aandelen in zijn bezit heeft. Als een verkrijging van enkel het soort aandeel niet in kader is van een gefaseerde bedrijfsopvolging, is mijns inziens ook geen sprake van een bedrijfsopvolging. Die overdracht behoort dan ook niet gefacilieerd te worden door middel van de BOR.

⁶³ A.M.A. de Beer & M.J. Hoogeveen, TFO 2019/160.5, par. 3.4.

⁶⁴ Zie ook A.M.A. de Beer, WFR 2010/1242, par. 5.1.3.

⁶⁵ De aanvullende regeling voor preferente aandelen dienen mogelijk nog wel worden aangepast. Niet elke overdracht van preferente aandelen in kader van een gefaseerde bedrijfsopvolging kan worden gefacilieerd. Zie hierover A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, WFR 2019/160.5, par. 3.4.

Het zou de wetgever doen sieren om de wetgeving dusdanig te formuleren dat het beoogde doel gerealiseerd kan worden. Beoogd is enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren en dus ook “echte” ondernemers. Om die doelstelling te behalen, had de wetgever meer aandacht moeten geven aan de kwalificerende, ondernemende aandeelhouder in plaats van de aanmerkelijkbelanghouder an sich.

3.3. De duur van het ondernemerschap

Door de geldende bezits- en voortzettingseis wordt geacht dat de bedrijfsopvolging pas reëel is op het moment dat de overdrager de onderneming gedurende de geldende termijn(en) in zijn of haar bezit heeft gehad of op het moment dat de opvolger de onderneming gedurende de geldende termijn heeft gehouden. Vanwege het antimisbruikarakter van de bezits- en voortzettingstermijn zou de BOR enkel van toepassing moeten zijn op reële bedrijfsopvolgingen. Dat de termijnen ten nadele van een belastingplichtige kunnen werken is een relatief eenvoudige constatering. Er kan immers sprake zijn van een reële bedrijfsopvolging, waarbij niet wordt voldaan aan de vereiste termijnen van de bezits- of voortzettingseis. Denk hierbij ten aanzien van de bezitseis aan een overlijden van de ondernemer binnen een jaar nadat hij de onderneming was gestart. Ten aanzien van de voortzettingseis kan gedacht worden aan faillissement als gevolg van een viruspandemie, zoals het coronavirus. De duur van het ondernemerschap behoeft een bedrijfsopvolging niet meer of minder reëel te maken. Het stellen van een vereiste termijn behoort dan ook niet tot de definitie van een reële bedrijfsopvolging.⁶⁶

Ondanks het antimisbruikarakter van de bezits- en voortzettingstermijnen blijft het mogelijk de regeling oneigenlijk te gebruiken. Dit is bijvoorbeeld het geval waarbij een vader de aandelen gefacilieerd schenkt en na verloop van de voortzettingstermijn de aandelen terugkoopt waarbij de eerdere verkrijger aanblijft als bestuurder. Op het moment vader de aandelen gedurende vijf jaren in zijn bezit heeft gehad is het mogelijk de aandelen weer gefacilieerd te schenken.⁶⁷ Op deze wijze kan vermogen overhevelt worden van vader op dochter waarbij er nauwelijks of geen schenkbelasting is verschuldigd. Een ander voorbeeld kan zijn dat vader de aandelen van een derde koopt en vervolgens zijn zoon of dochter de bestuursfunctie laat bekleden. Na verloop van de vereiste termijnen kunnen de aandelen gefacilieerd worden overgedragen aan zijn zoon of dochter. Vader is vanaf het moment van aankoop enkel aandeelhouder en hoeft zich niet per se te bemoeien met het beleid van de onderneming.

Dat oneigenlijk gebruik van de regeling mogelijk blijft, staat in contrast met de beoogde doelstelling om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. De huidige bezits- en voortzettingstermijn zijn ontoereikend ter realisatie van haar doel(en). De Beer en Hoogeveen hebben in hun zoektocht naar

⁶⁶ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, WFR 2019/160.5, par. 4.1.

⁶⁷ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, WFR 2019/160.5, par. 4.1 (voorbeeld 1).

de reële bedrijfsopvolgingen mogelijke oplossingen aangedragen ter verbetering van de bezits- en voortzettingseis. Deze oplossing wordt in de volgende paragraaf uiteengezet.

3.4. Mogelijk nieuwe bezits- en voortzettingseis

De Beer en Hoogeveen stellen voor de bezits- en voortzettingseis gezamenlijk op een dusdanige manier in te voeren, waarmee de eisen vergelijkbaar worden met de voortzettingseis die geldt voor de doorschuifregeling in de winstfeer en de geruisloze inbreng in de BV. Ter bevordering van de rechtszekerheid stellen zij zich op het standpunt dat een inspecteur beslist of er sprake is van een reële bedrijfsopvolging bij een bezwaar vatbare beschikking. Met een vergelijkbare voortzettingseis van de doorschuifregelingen uit de inkomstenbelasting bedoelen zij dat een bedrijfsopvolging bij schenking of vererving gefacilieerd kan plaatsvinden indien er geen sprake is van een samenstel van rechtshandelingen, welke zijn gericht op de (door)overdracht of liquidatie van de onderneming.⁶⁸ Dit noemen zij de motieftoets.

Indien de schenker dan wel erflater het ondernemingsvermogen een korte termijn – bijvoorbeeld vijf jaar, zoals de huidige bezitseis – in zijn bezit heeft gehad, wordt geacht dat er sprake is van oneigenlijk gebruik van de faciliteit. Daarbij geldt wel een tegenbewijsregeling, zodat de huidige beperkingen van de bezitstermijn opgelost kunnen worden. Aan de voortzettingkant dient volgens hen hetzelfde te gelden. De motieftoets kan dan worden aangevuld met een bewijsvermoeden. Indien binnen de voortzettingstermijn een staking plaats vindt, kan de voorwaardelijke vrijstelling in stand blijven als voldaan wordt aan een tegenbewijsregeling.⁶⁹

Naar mijn mening slaan De Beer en Hoogeveen met deze uitleg en mogelijke oplossing de spijker op zijn kop. Middels de motieftoets wordt getoetst of er sprake is van een reële bedrijfsopvolging. Via het bewijsvermoeden en de tegenbewijsregeling wordt de huidige beperking van de BOR weggenomen. Daarnaast biedt de regeling, middels het afgeven van een bezwaar vatbare beschikking en bovengenoemde aanpassingen, meer rechtszekerheid. Een nauwe “samenwerking” tussen belastingplichtige en Belastingdienst is wellicht de manier om oneigenlijk gebruik tegen te gaan en het doel van de regeling te realiseren. Dit neemt niet weg dat een aandeelhouder zonder enige betrokkenheid tot de onderneming nog steeds in aanmerking komt voor de BOR. Wellicht dat ten aanzien van zowel de bezits- als voortzettingkant getoetst moet worden of er sprake is van reëel ondernemerschap. De schenker dan wel erflater en verkrijger dienen daarvoor te voldoen aan het betrokkenheidscriterium en het winstgerechtigheidscriterium. Dit laatste maakt ook geen inbreuk op het doel om de continuïteit van ondernemingen te waarborgen, zoals in de voorgaande paragraaf

⁶⁸ Zie HR 29 augustus 1997, BNB 1997/375, ECLI:NL:PHR:1997:AA2238.

⁶⁹ A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, WFR 2019/160.5, par. 5.

reeds is aangehaald. Door een toetsing te verrichten aan het reële ondernemerschap en rekening te houden met de aangedragen wijzigingen van De Beer en Hoogeveen, zullen uiteindelijk uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen in aanmerking komen voor de BOR. Al zal de praktijk ook dan een weg proberen te vinden om de faciliteit (oneigenlijk) te gebruiken.⁷⁰

3.5. Deelconclusie

Van een reële bedrijfsopvolging is sprake als de overdragende ondernemer of aandeelhouder voldoen aan het reële ondernemerschap en de opvolger de onderneming voortzet in diezelfde hoedanigheid als de overdrager. Van reëel ondernemerschap is sprake is als de ondernemer of aandeelhouder voldoet aan het betrokkenheids- en winstgerechtigheids criterium. De IB-ondernemer zal hieraan voldoen aangezien een IB-onderneming voor rekening en risico wordt gedreven en om die risico's te kunnen aanvaarden zal de ondernemer het beleid van die onderneming willen bepalen. Aangezien stille maten ook aan die criteria kunnen voldoen, dient het ondernemersbegrip in de Wet IB 2001 te worden gewijzigd. De wijziging dient dusdanig te worden vormgegeven dat stille maten als ondernemer kunnen kwalificeren maar waarbij de medegerechtigden uitgesloten blijven. Voor de toepassing van de BOR is er dan sprake van meer rechtsvormneutraliteit. Zowel stille maten als aandeelhouders worden in beginsel niet verbonden aan de verbintenissen die worden aangegaan door de onderneming dan wel het lichaam dat de onderneming drijft.

Aandeelhouders zullen ook aan beiden eisen moeten voldoen om als "echte" ondernemer behandeld te worden. Naast het hebben van een winstrecht dient een aandeelhouder ook mede het beleid van de onderneming waarop de aandelen betrekking op hebben te kunnen bepalen. Houders van stem- of winstrechtloze aandelen voldoen, respectievelijk, niet aan het betrokkenheids criterium of aan het winstgerechtigheids criterium. Derhalve zullen zulk soort aandelen niet gefacilieerd kunnen worden overgedragen middels de BOR, tenzij die soort aandelen zijn ontstaan wegens een gefaseerde bedrijfsopvolging. Naar mijn mening zou een overdracht van stem- of winstrechtloze aandelen een gelijksoortige behandeling moeten hebben ten aanzien van de BOR zoals reeds is geregeld voor een overdracht van preferente aandelen of bij een overdracht van een medegerechtigheid. Hiermee wordt mijns inziens ook meer rechtsvormneutraliteit bewerkstelligd.

Verder behoeft de duur van het ondernemerschap geen rol te spelen omtrent de vraag of er sprake is geweest van een reële bedrijfsopvolging. Indien de overdrager of voortzetter voor korte duur ondernemer is geweest ten aanzien van de overgedragen onderneming, zal uit feiten en omstandigheden blijken of er sprake is geweest van een reële bedrijfsopvolging. De bezits- en

⁷⁰ Zie ook A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, WFR 2019/160.5, par. 5.

voortzettingstermijn behoren dan ook niet tot de definitie van een reële bedrijfsopvolging. Van belang is namelijk dat de erflater of schenker als "echte" ondernemer de onderneming enige tijd heeft gedreven. Wel zijn deze bezits- en voortzettingstermijnen van belang ter voorkoming van misbruik. Om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren dienen deze regels omtrent de termijnen te worden aangepast.

Het is de wetgever namelijk niet gelukt om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren. Ondanks het anti-misbruikarakter van de bezits- en voortzettingstermijn kan de regeling oneigenlijk worden gebruikt. Daarnaast werken de termijnen ook ten nadele van de belastingplichtige. Middels de eerder vermelde wijzigingen in de bezits- en voortzettingseis van De Beer en Hogeveen en het toetsen of dat de overdrager en voortzetter voldoen aan het reële ondernemerschap, kan het doel om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren mogelijk worden gerealiseerd en zullen de termijnen ook niet meer ten nadele van een belastingplichtige uitwerken op het moment dat geen misbruik wordt beoogd.

Op grond van de arresten van de Hoge Raad op de datum 29 mei 2020 is een nieuwe bezitseis des te belangrijker geworden. Een afzonderlijke bezitseis per afzonderlijke onderneming zorgt ervoor dat een uitbreiding van de reeds verrichte ondernemingsactiviteiten mogelijk kan worden belemmerd, tenzij de verwerving van die onderneming is opgegaan in de reeds gedreven onderneming. Daarnaast zorgt een bezitseis per afzonderlijke onderneming ook voor ruimte om de faciliteit oneigenlijk te gebruiken. Denk aan het uitbreiden van een belang in een samenwerkingsverband of het uitbreiden van een (indirect) aanmerkelijk belang. Zie hiervoor het volgende hoofdstuk en de aanbevelingen (hoofdstuk 5).

Hoofdstuk 4 – De bezitseis bij verwevingen en uitbreidingen gedurende de bezitstermijn

In paragraaf 2.3. is de bezitseis op hoofdlijnen beschreven. Hierbij is stil gestaan bij de doelstelling en systematiek van de bezitseis en is tevens kort stilgestaan bij de doelstelling van de bezitstermijn. In het navolgende wordt ingegaan op de bezitseis die van toepassing is bij een IB-ondernemer en bij een aanmerkelijkbelanghouder, niet zijnde preferent aandeelhouder.

De erflater of schenker die zijn IB-onderneming nalaat of schenkt, dient gedurende één jaar, onderscheidenlijk vijf jaren de onderneming te hebben gedreven. Het gaat hierbij om de onderneming als bedoelt in artikel 3.2 Wet IB 2001 die wordt verkregen door de opvolger(s). Indien de erflater of schenker aanmerkelijkbelanghouder was dient hij gedurende één jaar, onderscheidenlijk vijf jaren aanmerkelijkbelanghouder te zijn geweest van het lichaam waarin de onderneming wordt gedreven. Het lichaam waarop het aanmerkelijk belang betrekking heeft, dient gedurende één jaar, onderscheidenlijk vijf jaren de onderneming te hebben gedreven (de ondernemingseis). Met de onderneming wordt wederom de onderneming bedoelt in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001 die wordt verkregen door de opvolger(s). De onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001 betreft de objectieve onderneming.⁷¹

Indien de te verkrijgen onderneming gedurende bezitstermijn een uitbreiding heeft ondergaan, voldoet de erflater dan wel schenker feitelijk gezien niet aan het bezitsvereiste ten aanzien van het uitbreidingsgedeelte. De Hoge Raad heeft zich uitgelaten in twee diverse zaken waarbij de onderneming is uitgebreid gedurende de bezitstermijn. Uit HR 29 mei 2020, nr. 19/01680 en nr. 19/01695 en HR 29 mei 2020, nr. 19/00189 blijkt dat er geen afzonderlijke bezitstermijn geldt voor zelfstandige gedeelten van een onderneming, maar wel voor zelfstandige afzonderlijke ondernemingen. Indien tot het geschonken of vererfde ondernemingsvermogen meerdere afzonderlijke ondernemingen als bedoelt in artikel 3.2 Wet IB 2001 behoort, geldt per afzonderlijke onderneming een afzonderlijke bezitstermijn. Het vonnis van de rechtbank in deze zaken en alsmede het advies van A-G IJzerman is beduidend anders te noemen. Zij interpreteren de wetgeving zodanig dat er per elk zelfstandig gedeelte van een onderneming een afzonderlijke bezitstermijn kan gelden. Het beleid van de Belastingdienst is in lijn met de bevindingen van de Rechtbank en A-G IJzerman. Tevens is in de literatuur het een en ander over deze problematiek geschreven. De zaken uit de arresten van 29 mei 2020 worden in paragraaf 4.2 en 4.3 uitvoerig besproken c.q. geanalyseerd. Vervolgens wordt onderzocht hoe de bezitstermijn dient te worden uitgelegd in andere situaties

⁷¹ Van Kempen in: Cursus Belastingrecht IB.3.2.1.A.

waarbij de onderneming of het (indirect) aanmerkelijk belang van erflater dan wel schenker is uitgebreid. Het gaat om de volgende uitbreidingsituaties:

- Aankoop van activa en passiva (par. 4.2.1);
- Uitbreiding van een belang in een VOF of maatschap (par 4.2.2);
- Verwerving/uitbreiding van een onderneming of aandelenbelang in een BV (par. 4.2.3);

Alvorens de diverse casusposities worden geanalyseerd, wordt ingegaan op de interpretatieproblematiek van de bezitseis (artikel 35d SW 1956) en worden de arresten van de Hoge Raad besproken.

4.1. Interpretatieproblematiek van de bezitseis

Artikel 35d lid 1 letter a en c SW 1956 sluiten aan bij de bedoelde onderneming in artikel 35c lid 1 letter a en c SW 1956. De bedoelde onderneming in artikel 35c lid 1 letter a respectievelijk letter c SW 1956 heeft betrekking op de verkregen onderneming zoals bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 of een gedeelte daarvan, respectievelijk op het verkregen aandelenbelang welke betrekking heeft op een lichaam dat (mogelijk na toepassing van de toerekeningregel) een onderneming drijft als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 of een gedeelte daarvan.

Met een gedeelte van de onderneming wordt bedoeld een zelfstandig gedeelte van een onderneming.⁷² Een zelfstandig gedeelte van een onderneming betreft: een zelfstandig deel van een onderneming, een ondernemingsgedeelte dat naar zijn aard een zelfstandige onderneming kan vormen of een evenredig gedeelte van een onderneming.⁷³ De discussie bestaat of dat ten aanzien van een zelfstandig gedeelte van de onderneming een afzonderlijke bezitseis dient te gelden.

Bij de herziening van de BOR in 2010, in de daarbij behorende parlementaire wetsgeschiedenis, is namelijk niet duidelijk gemaakt of de bezitstermijn afzonderlijk van toepassing moet zijn op een zelfstandig gedeelte van een onderneming. Enkel is ten doel gesteld dat een indirect aanmerkelijk belang in een lichaam dat een onderneming drijft zoveel mogelijk gelijk behandeld moet worden als een verkrijging van een direct aanmerkelijk belang in een lichaam dat een onderneming drijft.⁷⁴ Om dit doel te bewerkstelligen is de toerekeningregel van artikel 35c lid 5 SW 1956 in het leven geroepen.⁷⁵ Vanuit deze doelstelling zou kunnen worden onderbouwd dat de bezitseis afzonderlijk dient te gelden

⁷² Zie o.a. HR 29 mei 2020, nr. 19/01680, ECLI:NL:HR:2020:867, r.o. 2.4.3.

⁷³ Zie HR 18 januari 1984, BNB 1984/169, ECLI:NL:HR:1984:AW8681 en HR 16 oktober 1985, BNB 1985/320, ECLI:NL:HR:1985:AW8175 en HR 21 februari 1967, BNB 1967/152, ECLI:NL:GHARN:1967:AX6169.

⁷⁴ *Kamerstukken II 2008/09, 31930, nr. 3, p. 45 (MVT).*

⁷⁵ Zie omtrent de toerekeningregel paragraaf 2.2.2.

voor indirect gehouden aandelen. Indirect gehouden aandelen dienen immers zoveel mogelijk gelijk te worden behandeld als direct gehouden aandelen.

De staatsecretaris heeft (pas) in 2016 uitlatingen gedaan waaruit moet blijken dat voor elk zelfstandig deel van de onderneming een afzonderlijke bezitser dient te gelden. De staatsecretaris geeft aan dat op basis van artikel 35d lid 1 letter a jo. artikel 35c lid 1 letter a SW 1956, de erflater dan wel schenker gedurende de bezitstermijn ondernemer moet zijn geweest van de onderneming of een gedeelte daarvan.⁷⁶ Voor uitbreidingen van een onderneming welke gedreven wordt door een lichaam waarop de aandelen van de erflater dan wel schenker betrekking op hebben, dient de bezitser dan een éézelfde uitwerking te hebben als bij uitbreidingen van een IB-onderneming.⁷⁷ Deze uitlatingen zijn gedaan nadat de rechtbank Den Haag heeft beslist dat er een afzonderlijke bezitser geldt ten aanzien van een zelfstandig gedeelte van een onderneming. Hof Den Haag heeft echter op een later moment geoordeeld dat er geen sprake was van een zelfstandig gedeelte van een onderneming, derhalve was er ook geen sprake van een afzonderlijke bezitser.⁷⁸

Het beleid van de Belastingdienst volgt de uitlating van de staatsecretaris in 2016. Uit het openbaar gemaakte beleid wordt gesteld dat voor een zelfstandig gedeelte van een onderneming een afzonderlijke bezitser dient te gelden. Daarbij is als voorbeeld gegeven dat een onderneming was uitgebreid via een activa-passiva transactie. De activa en passiva vormen een onderneming. Voor deze verwerving zou dan een afzonderlijke bezitser moeten gelden. Het maakt daarbij niet uit of het aangekochte gedeelte aansluit bij de reeds gedreven onderneming. Ook is niet van belang of de verworven onderneming (of zelfstandig gedeelte daarvan) is gefinancierd met eigen vermogen vanwege een overnamekas of middels financiering.⁷⁹

De rechtbank en A-G IJzerman achten de uitwerking van bezitser conform het beleid c.q. opvatting van de staatsecretaris juist. Volgens de A-G zou moeten worden nagegaan of de materiële onderneming op niveau van een holdingmaatschappij gedurende de bezitstermijn een verandering in haar omvang heeft ondergaan. Indien dat het geval is, betekent dat de aangekochte (zelfstandig gedeelte van de) onderneming niet tot de materiële onderneming voor ten minste een onderscheidenlijk vijf jaren kan behoren.⁸⁰ De Hoge Raad heeft het vonnis van de rechtbanken

⁷⁶ *Kamerstukken I 2016/17*, 34552 – 34545, E, p. 61 (MvA).

⁷⁷ *Kamerstukken I 2016/17*, 34552 – 34545, E, p. 61 (MvA).

⁷⁸ Zie voor het vonnis: Rb. Den Haag, 15 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9308, nr. 15, 5875 SCHENK en zie voor het arrest van het Hof: Hof Den Haag, 19 juli 2017, ECLI:NLGHDA:2017:2429, nr. 16/00373, V-N 2017/62.20.

⁷⁹ WOB-verzoek.

⁸⁰ Concl. A-G IJzerman, ECLI:NL:PHR:2019:827, bij Rb. Noord-Holland 19 februari 2019, nr. 19/01680 en 19/01695 onderdeel 5.3 – 5.17 en Concl. A-G IJzerman, ECLI:NL:PHR:2019:825, bij Rb. Zeeland-West Brabant 30 november 2018, nr. 19/00189, onderdeel 5.3. t/m 5.17. Zie voor de overweging van de rechtbanken: Rb.

vernietigd en wijkt tevens af van de conclusie van A-G IJzerman. In paragraaf 4.1.1 en 4.1.2. worden de arresten van de Hoge Raad besproken.

Van Vijfeijken en Gubbels passen het recht voor eenzelfde wijze toe als de rechtbank en A-G. Zij zijn van mening dat met de bedoelde onderneming in artikel 35c SW 1956 wordt bedoeld een onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 of een gedeelte daarvan. Derhalve zou per zelfstandig gedeelte van een onderneming een afzonderlijke bezitseys dienen te gelden. Van Vijfeijken en Gubbels merken daarbij ook op dat ten aanzien van uitbreiding van een belang in een VOF mogelijk een afzonderlijke bezitseys geldt. De uitbreiding van het belang betreft immers een evenredig gedeelte van de onderneming.⁸¹

De Beer interpreteert de letter van de wet op een andere wijze. Op het moment dat de overdrager gedurende de bezitstermijn ondernemer is geweest ten aanzien van een IB-onderneming is dat voldoende om al het ondernemingsvermogen gefacilieerd over te kunnen dragen. Uitbreidingen van het ondernemingsvermogen die gedurende de bezitstermijn zijn verworven en tot de reeds gedreven objectieve onderneming behoren, kunnen daardoor ook gefacilieerd worden overgedragen. Hetzelfde geldt mogelijk voor een firmant die zijn aandeel in een VOF uitbreidt, aangezien hij reeds ondernemer was met betrekking tot de objectieve onderneming gedurende de bezitstermijn (zie paragraaf 4.4 voor de uitwerking van de bezitseys ten aanzien van een belang uitbreiding in een samenwerkingsverband gedurende de bezitstermijn). De Beer merkt verder nog wel op dat de deze interpretatie tegenstrijdig is met de grondgedachte van de bezitseys, namelijk het voorkomen dat belast vermogen wordt omgezet in onbelast vermogen in het zicht van de schenking of vererving.⁸²

Ingeval aanmerkelijkbelangaandelen worden overgedragen, geeft De Beer aan dat de bepaling uitgaat van een "alles of niets benadering". Indien de onderneming gedurende de bezitstermijn door het lichaam wordt gedreven, geldt dat ten aanzien van de objectieve onderneming. Ondernemingsactiviteiten die door een lichaam zijn verworven gedurende de bezitstermijn, waardoor die activiteiten tot de objectieve onderneming behoren voor toepassing van de BOR, voldoen daardoor ook aan de bezitseys. Dus ook voor activiteiten die zelfstandig gezien een objectieve onderneming – naar IB-maatstaven – vormen. Vervolgens nuanceert De Beer deze benadering. In kader van de doel en strekking van de van de bezitseys zou de toetsing zo moeten geschieden dat de waarde van de

Noord-Holland, 19 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1089, V-N 2019/2133, r.o. 13 en Rb. Zeeland-West Brabant, 30 november 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6631, V-N 2019/17.2.4, r.o. 4.2. t/m 4.7.

⁸¹ Van Vijfeijken en Gubbels, in: *Cursus Belastingrecht S&E*.11.3.0.

⁸² A.M.A. de Beer, *WFR* 2015/1319, par. 7.2.

aandelen slechts faciliteert voor zover die waarde toerekenbaar is aan de objectieve onderneming ten aanzien waarvan het lichaam voldoet aan de bezitseis.⁸³

Een afzonderlijke bezitstermijn per objectieve onderneming sluit mijns inziens beter aan bij doel en strekking van de wet dan een afzonderlijke bezitstermijn per elk zelfstandig gedeelte van een onderneming. Dit vanwege het feit dat een afzonderlijke bezitseis per zelfstandig gedeelte van een onderneming meer inbreuk maakt op de doelstelling om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren en belemmerend kan werken voor de voortzetting van de economische bedrijvigheid van de reeds bestaande onderneming. Het belemmeren van de voortzetting van de economische bedrijvigheid is in contrast met het beoogde doel van de BOR.⁸⁴ Daarnaast behoeft ook niet met elke ondernemingsuitbreiding gedurende de bezitstermijn misbruik te worden beoogd. Ingeval een onderneming gedurende de bezitstermijn uitbreidt en dat doet op basis van bedrijfseconomische beweegredenen is er feitelijk gezien geen sprake van misbruik van de BOR.

Mijns inziens wordt met bewoordingen "... of een gedeelte daarvan" uit artikel 35c lid 1 onderdeel a en c SW 1956 uitsluitend aangegeven dat een verkrijging van een gedeelte van de onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 ook in aanmerking komt voor de BOR.⁸⁵ In dat geval is er enkel per onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001 een afzonderlijke bezitseis geldend. In kader van de rechtsvormneutraliteit dient hetzelfde te gelden voor aandelen welke betrekking op hebben op één of meerdere ondernemingen. Met deze uitwerking van de bezitseis blijft het anti-misbruikarakter van de bezitstermijn bewerkstelligd ingeval een afzonderlijke bezitseis zou gelden voor zelfstandige ondernemingen. De erflater dan wel schenker heeft dus niet de mogelijkheid om "zomaar" belast vermogen om te zetten naar onbelast vermogen.

Ik sluit mij dan ook bij de gewezen arresten van de Hoge Raad van de datum 29 mei 2020. De arresten worden in paragraaf 4.1.1. en 4.1.2. besproken, hierbij wordt ook kort stilgestaan bij het vonnis van de rechtbank en conclusie van A-G IJzerman

⁸³ A.M.A. de Beer, WFR 2015/1319, par. 7.3.1 en zie in eenzelfde zin A. Rozendal, NTFR 2017/2851, par. "het probleem". Rozendal spreekt in zijn bijdrage over de "enge interpretatie" en "ruime interpretatie". De enge vorm sluit aan bij doel en strekking van de bezitseis. De ruime variant is overeenkomstig met de "alles of niets benadering".

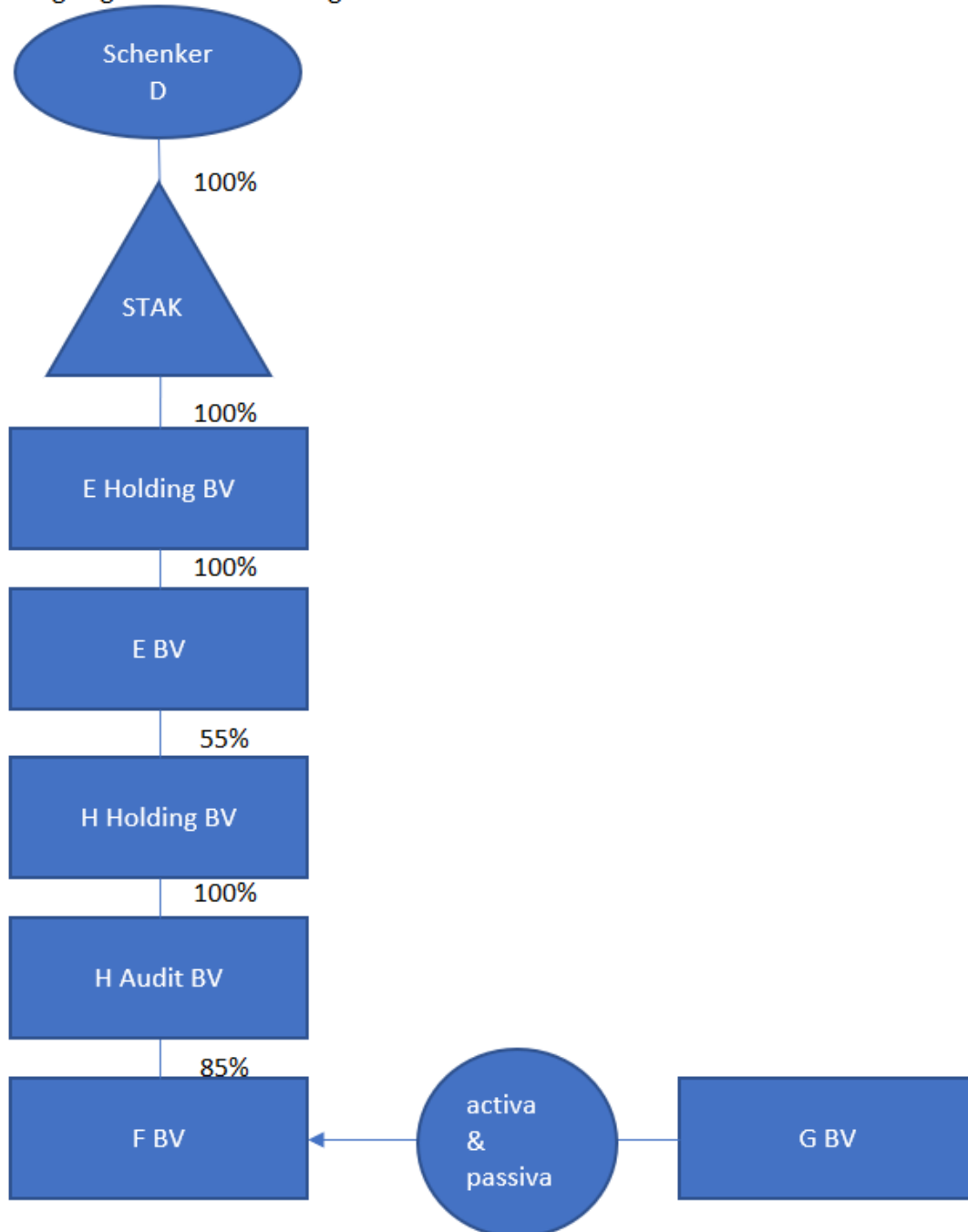
⁸⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 3, p. 4 en 5 (MvT).

⁸⁵ Zie ook Bos-Schepers, WFR 2020/8, par. 2.

4.1.1. HR 29 mei 2020, zaaknummers 19/01680 en 19/01695

De zaken 19/01680 en 19/01695 hebben betrekking op een situatie waarin een indirect aanmerkelijk belang van de schenker in een lichaam haar onderneming gedurende de bezitstermijn uitbreidt middels een activa-passiva transactie. De activa-passiva betroffen ten tijde van de aankoop een onderneming. Onderstaand volgt een schematische weergave van de ondernemingsstructuur ten tijde van de aankoop van de nieuwe onderneming met daaronder de casus.

Figuur 1 - Organigram vóór schenking



De aandelen in E Holding BV betreffen letteraandelen waarvan 60% A-aandelen, 20% B-aandelen en 20% C-aandelen. Schenker (vader) schenkt de (certificaten van letter-) aandelen B aan zijn dochter. De (certificaten van letter-) aandelen C worden geschonken aan zijn zoon. E Holding BV heeft een indirect belang van 46,75% in F BV. In 2013 verwerft F BV activa en passiva van G BV. De activa en passiva vormen op dat moment een materiële onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001. In geschil is of de BOR ook van toepassing is op de waarde van het ondernemingsvermogen dat toerekenbaar is aan de eerdere activa en passiva transactie (aangekochte onderneming). Op het moment van schenking was de aangekochte onderneming nog géén vijf jaren in het bezit van de werkmaatschappij.⁸⁶

De rechtbank geeft aan dat de bezitseis van toepassing is op de onderneming dan wel op een zelfstandig gedeelte daarvan.⁸⁷ Aangezien de aangekochte onderneming in onderhavige casus op zelfstandige wijze een onderneming kan vormen, is de bezitseis afzonderlijk van toepassing op het uitbreidingsgedeelte van de onderneming. A-G bevestigt het vonnis van de rechtbank.⁸⁸

Beslissing Hoge Raad

Op basis van het tweede middel casseert de Hoge Raad. Belanghebbende heeft aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat elke verwerving van een (zelfstandig onderdeel van een) onderneming ertoe leidt dat voor dat uitgebreide deel een nieuwe bezitstermijn aanvangt.

De Hoge Raad oordeelt dat het gedurende de bezitstermijn niet van belang is hoe het vermogen van de onderneming is ontwikkeld ten tijde van de verkrijging. Uit de bewoordingen “of een gedeelte ervan” uit artikel 35c lid 1 SW 1956 kan niet worden opgemaakt dat onderzocht moet worden of er onderscheid dient te worden gemaakt tussen een zelfstandig gedeelte van de onderneming en diezelfde onderneming. Op het moment dat de aangekochte onderneming ten tijde van de verkrijging is opgegaan in de reeds gedreven onderneming en niet meer als afzonderlijke onderneming geïdentificeerd kan worden, geldt ten aanzien van de destijds aangekochte onderneming geen bezitstermijn.⁸⁹ De Hoge Raad lijkt zich hiermee te conformeren aan het argument van de gemachtigde van de belanghebbende in de zaak. De gemachtigde draagt aan de bezitseis op een andere wijze uit te leggen dan de reeds gehanteerde rechtsopvatting. Aangedragen wordt dat van belang is of de onderneming gedurende de bezitstermijn niet van identiteit is veranderd. Zo stel de gemachtigde dat de onderneming van G BV is opgegaan in de onderneming van F BV en ten tijde van schenking is de

⁸⁶ Rb. Noord-Holland, 19 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1089, V-N 2019/2133, r.o. 1 t/m 6.

⁸⁷ Rb. Noord-Holland, 19 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1089, V-N 2019/2133, r.o. 13.

⁸⁸ Concl. A-G IJzerman, ECLI:NL:PHR:2019:827, bij Rb. Noord-Holland 19 februari 2019, nr. 19/01680 en 19/01695, onderdeel 5.15 – 5.31.

⁸⁹ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867, nr. 19/01680 en nr. 19/01695, r.o. 2.4.1 – 2.4.6.

onderneming van G BV niet meer als afzonderlijke onderneming identificeerbaar. De onderneming van F BV is door de overname van G BV qua aard, opbouw en identiteit niet veranderd.⁹⁰

Verder kent de Hoge Raad geen betekenis toe aan de posterieure uitlatingen van de staatsecretaris.⁹¹ Mijns inziens is dit een juiste beslissing van de Hoge Raad. De wetgever had zijn bedoeling immers duidelijk kunnen maken in het geval de bezitseys geldend had moeten zijn voor zelfstandige gedeelten van een onderneming. Bij de voortzettingseis is daar namelijk wel aandacht aan besteed.

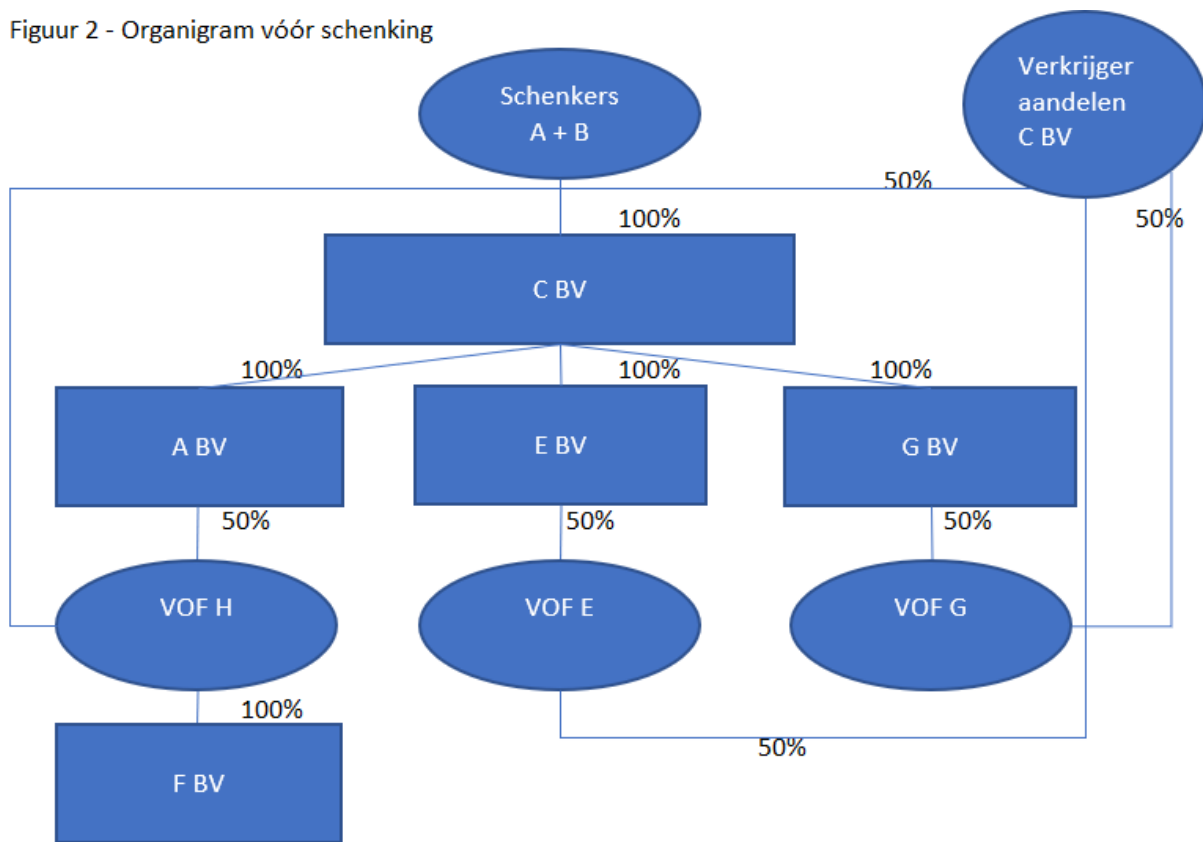
⁹⁰ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867, nr. 19/01680 en nr. 19/01695, bijlage: beroepschrift, onderdeel 8. In het beroepschrift wordt omtrent deze uitleg verder verwezen naar W.J.M. Vennix, De indirect-bezitseys van art. 35d lid 1 onderdeel c Successiewet: identiek of identiteit?, in: *Systeem en symmetrie (Bavinck-bundel)*, Wolters Kluwer, 2016, pagina 303–307.

⁹¹ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867, nr. 19/01680 en nr. 19/01695, r.o. 2.4.5.

4.1.2. HR 29 mei 2020, zaaknummer 19/00189

De zaak 19/00189 heeft betrekking op een situatie waarin het belang van de ouders in de holdingmaatschappij (C BV) wordt geschonken aan hun kind. C BV heeft binnen vijf jaren voor schenking een (in)direct aandelenbelang verworven. De aandelen van C BV waren meer dan vijf jaren in bezit van de schenkers. De belangen in E BV en F BV zijn minder dan vijf jaren in bezit van de holdingmaatschappij. De schenkers hadden reeds een direct 100% belang in E BV. Zij hebben de aandelen verkocht aan C BV. In geschil is of ten aanzien van deze twee belangen de BOR van toepassing is.⁹² Onderstaand volgt een schematische weergave van de ondernemingsstructuur alvorens de schenking heeft plaatsgevonden met daaronder de casus.

Figuur 2 - Organigram vóór schenking



De rechtbank oordeelt dat de bepalingen van de bezitsei ook van toepassing zijn op gedeelten van de verkregen onderneming. Volgens de rechtbank heeft de wetgever oog gehad voor de objectieve onderneming of een gedeelte daarvan. In onderhavige casus oordeelt de rechtbank dat er sprake is van meerdere objectieve ondernemingen of gedeelten daarvan. Dat de activiteiten in elkaars verlengde liggen doet daar niet aan af. De letter van de wet wordt dusdanig geïnterpreteerd dat de bezitsei van toepassing is op elke objectieve onderneming afzonderlijk of een gedeelte daarvan, derhalve geldt de bezitsei ook voor de twee gehouden belangen van de holding welke zijn verworven

⁹² Rb. Zeeland-West Brabant, 30 november 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6631, V-N 2019/17.2.4, r.o. 2.1. t/m 2.7.

binnen de geldende termijn van vijf jaren. De BOR is ten aanzien van die twee aandelenbelang niet van toepassing. Ingeval de rechtbank de belanghebbende in het gelijk zou stellen, zou dat volgens de rechtbank inbreuk doen aan doel en strekking van de wet; belast vermogen zou in het zicht van schenking kunnen worden omgezet in onbelast vermogen.⁹³ De conclusie van de A-G bevestigt de uitspraken van de rechtbank.⁹⁴

Beslissing Hoge Raad

De Hoge Raad verklaart het beroep in cassatie ongegrond. De Hoge Raad oordeelt dat aan het eerste deel van de bezitsei is voldaan. De schenker is gedurende de vereiste termijn aanmerkelijkbelanghouder geweest. Verder oordeelt de Hoge Raad dat de belangen in E BV en F BV zijn aan te merken als meerdere ondernemingen. De ondernemingen die gedreven worden in E BV en F BV behoren niet tot de objectieve onderneming van C BV. Na het plaatsvinden van de geconsolideerde toerekening van artikel 35c lid 5 SW 1956 drijft C BV meer dan één onderneming. Op grond van doel en strekking van de BOR geldt volgens de Hoge Raad een afzonderlijke bezitsei voor iedere afzonderlijke onderneming. Het lichaam waar de geschonken aandelen betrekking op hebben drijft die afzonderlijke ondernemingen niet gedurende de vereiste termijn. Aan het tweede deel van de bezitsei – de ondernemingsei – wordt niet voldaan.⁹⁵

Deze rechtsopvatting van de Hoge Raad voldoet naar mijn mening aan het doel dat indirecte aandelenbelangen zoveel mogelijk gelijk behandeld moeten worden als een direct aanmerkelijk belang in een actief lichaam.⁹⁶ De bezitsei kan afzonderlijk van toepassing zijn op indirect gehouden aandelen, maar wel met dien verstande dat het indirecte belang een afzonderlijke (objectieve) onderneming drijft. Binnen het concern worden er dan meerdere objectieve ondernemingen gedreven. Ingeval het lichaam waarop een direct aanmerkelijk belang betrekking heeft, dient mijns inziens eveneens te worden nagegaan of er binnen dat lichaam meer dan één objectieve onderneming wordt gedreven.⁹⁷

De Hoge raad gaat verder nog in op het feit dat E BV al meer dan vijf jaren in bezit is geweest van de schenkers. Belanghebbende draagt aan dat materieel bezien voldaan wordt aan het bezitsvereiste ten aanzien van de aandelen in E BV. Volgens belanghebbende is de kooptransactie in dit geval te vergelijken met een aandelenfusie. Ondanks dat de onderhavige situatie niet is vermeld in artikel 9 UR SE, wordt een analoge toepassing van artikel 9 UR SE aangedragen. Belanghebbende beroept zich op

⁹³ Rb. Zeeland-West Brabant, 30 november 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6631, V-N 2019/17.2.4, r.o. 4.2. t/m 4.7.

⁹⁴ Concl. A-G IJzerman, ECLI:NL:PHR:2019:825, bij Rb. Zeeland-West Brabant 30 november 2018, nr. 19/00189, onderdeel 5.3. t/m 5.25.

⁹⁵ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:990, nr. 19/00189, r.o. 2.4.2 en 2.4.3.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 3, p. 45 (MVT).

⁹⁷ Zie ook R.M. Bos-Schepers, WFR 2020/8.

het gelijkheidsbeginsel.⁹⁸ De Hoge Raad bekrachtigt het uitgangspunt van de rechtbank omtrent dit vraagstuk. De Hoge Raad geeft aan dat een kooptransactie niet gelijk is aan de situaties die vermeld zijn in artikel 9 UR SE.

Mijns inziens is wel voldaan aan de bezitstermijn ten aanzien van de aandelen E BV. Ten doel is gesteld dat de bezitsei materiëel dient te worden uitgelegd.⁹⁹ C BV heeft op 24 november 2009 de aandelen E BV gekocht van A BV. A BV heeft E BV opgericht op 13 december 2007. Sinds 13 december 2007 is E BV immers in eigendom van de schenkers en op 15 januari 2014 heeft de schenking plaatsgevonden. Materiëel gezien is dan voldaan aan de bezitstermijn. De wetgever heeft een aanvullende regeling getroffen voor geruisloze herstructureringsituaties waarbij de herstructurering heeft plaats gevonden tegen aandelen.¹⁰⁰ In onderhavig geval heeft de herstructurering op een ruisende wijze plaats gevonden tegen contanten. Ten aanzien van de aandelen C BV zijn deze niet in waarde toe- of afgenomen vanwege de transactie. Tevens is de transactie niet verricht met het doel meer ondernemingsvermogen gefacilieerd over te dragen. Nu er geen misbruik van de regeling wordt gemaakt vraag ik mij af waarom de materiële uitleg van de bezitsei niet kan worden verruimd met een herstructurering waarbij de waarde van de holdingmaatschappij op gelijk niveau blijft. Ik citeer:

“Hoewel ruisende en geruisloze doorschuifsituaties voor de inkomstenbelasting geen gelijke gevallen zijn, lijkt me dat voor de bezitsei geen relevant onderscheid.”¹⁰¹

Bij de herziening van de SW 1956 heeft de wetgever kenbaar gemaakt dat de uitzonderingen van artikel 9 UR SE wellicht dienen te worden aangepast dan wel te worden aangevuld. Mijns inziens had de Hoge Raad met onderhavige casus een belangrijke bijdrage kunnen geven aan de rechtsontwikkeling, juist nu dat de wetgever heeft willen bezien of de materiële uitleg nog verder aangevuld zou moeten worden.¹⁰² Daarnaast laat onderhavig geval tevens zien dat de planning van de bedrijfsopvolging erg van belang is. Indien de schenking op 25 november 2014 zou hebben plaatsgevonden had de waarde van het indirecte belang in E BV gefacilieerd kunnen worden overgedragen. Dat de schenking nu op een eerder moment heeft plaatsgevonden, maakt de bedrijfsopvolging niet minder reëel.

4.2. Diverse casusposities

De Hoge Raad heeft in haar arresten van 29 mei 2020 kenbaar gemaakt dat een afzonderlijke bezitsei geldt per objectieve onderneming. Op het moment van schenking of vererving dient te worden

⁹⁸ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:990, nr. 19/00189, bijlage: beroepschrift, onderdeel “toelichting middel II”.

⁹⁹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 9, p. 103 (NV).

¹⁰⁰ Artikel 9 lid 2 UR SE.

¹⁰¹ Hoogwout, FTV 2019, nr. 9, “De bezitsei voor de bedrijfsopvolgingsregeling”, par. 2.

¹⁰² *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 9, p. 103 (NV).

nagegaan of sprake is van meer dan één onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001. Dient deze rechtsregel ook te gelden voor een uitbreiding van het aandelenbelang in een deelneming? Hoe werkt dit zich uit bij een uitbreiding van een belang in een VOF of maatschap? Alvorens hierop wordt ingegaan, wordt onderstaand een verduidelijking gegeven omtrent de uitwerking van de bezitseris bij een uitbreiding van een onderneming middels een activa-passiva transactie.

4.2.1. Ondernemingsuitbreiding middels een activa-passiva transactie

Voor de uitwerking van de bezitseris ten aanzien van een ondernemingsuitbreiding gedurende de bezitstermijn is het naar mijn mening juist om aan te sluiten bij het arrest van de Hoge Raad (nr. 19/001680 en 19/01695), vermeld in paragraaf 4.1.1. Onderstaand volgt de uitwerking van de bezitseris bij een dergelijk situatie wanneer sprake is van een IB-onderneming en wanneer sprake is van een door een lichaam gedreven onderneming.

1. IB-onderneming

Uit het arrest HR 29 mei 2020, nr. 19/001680 en 19/01695 blijkt dat er geen afzonderlijke bezitseris geldt bij de aangeschafte activa-passiva, mits die verwerving is opgegaan in de reeds gedreven objectieve onderneming. De onderneming waarop de activa-passiva betrekking had, was op moment van schenking niet meer als afzonderlijke onderneming identificeerbaar.

Pijpers en Visser stellen zich op het standpunt dat er geen nieuwe bezitstermijn aanvangt ten aanzien van op eigen kracht ontwikkelde nieuwe ondernemingsactiviteiten of ten aanzien van een verwerving van een zelfstandig deel van een onderneming, mits de uitbreiding aansluit bij of in het verlengde ligt van de bestaande activiteiten die het lichaam uitoefent.¹⁰³ Deze opvatting gaat mijns inziens verder dan het oordeel van de Hoge Raad en kan mijns inziens ook niet op basis van de wet. Zoals al eerder kenbaar is gemaakt dient naar mijn mening per onderneming zoals bedoeld in artikel 3.2 Wet IB een afzonderlijke bezitstermijn te gelden. Een uitbreiding van de onderneming die in lijn ligt of verwant is met de reeds bestaande ondernemingsactiviteiten kan opgaan in die reeds bestaande onderneming, maar kan mijns inziens ook kwalificeren als een afzonderlijke zelfstandige onderneming.

Voorbeeld

Een ondernemer exploiteert een kledingzaak in de omgeving Arnhem en Nijmegen. De zaken gaan behoorlijk goed. De ondernemer ziet kansen om een nieuwe vestiging op te zetten in de omgeving van Zevenaar, nabij het grensgebied met Duitsland. De ondernemer neemt een bedrijfspand en overige activa-passiva over van een derden en gaat daar onder dezelfde naam als die van zijn eerste vestiging

¹⁰³ Y.J.M. Pijpers en P. Visser, WFR 2019/172, par. 2.3.

een kledingzaak exploiteren. Na drie jaren wordt al het ondernemingsvermogen geschonken aan de beoogde bedrijfsopvolger.

Op het moment van de schenking moet beoordeeld worden of objectief gezien sprake is van één of twee ondernemingen. De feiten en omstandigheden zullen hierbij van belang zijn.¹⁰⁴ Indien beide vestigingen een eigen administratie voeren en grotendeels een eigen personeelsbestand hebben, kunnen beide vestigingen ieder een afzonderlijke onderneming vormen, ondanks het feit dat de activiteiten in het verlengde van elkaar liggen.

Het is overigens ook mogelijk dat de vestiging in de omgeving Arnhem en Nijmegen een verbouwing of verhuizing ondergaat en door de verworven activa en passiva een grotere kledingzaak kan runnen in één vestiging. In dat geval zijn de verworven activa-passiva ten tijde van schenking niet meer identificeerbaar als afzonderlijke onderneming en geldt er geen nieuwe bezitstermijn voor de verworven activa-passiva.

2. Onderneming gedreven door een lichaam

Indien een lichaam de onderneming drijft en deze gedurende de bezitstermijn wordt uitgebreid middels een activa-passiva transactie, dient in het kader van de beoogde rechtsvormneutraliteit de bezitseris op eenzelfde wijze uit te werken als hiervoor is vermeld bij de IB-onderneming. Ingeval het lichaam waar het aanmerkelijk belang van de schenker dan wel erflater betrekking op heeft (na toerekening) een onderneming drijft, dient te worden nagegaan of de verworven activa-passiva ten tijde van de verkrijging een afzonderlijke onderneming betreft.

De Belastingdienst heeft kenbaar gemaakt dat het niet uitmaakt of de verwerving van activa-passiva is aangekocht middels een overnamekas of middels financiering.¹⁰⁵ In beide gevallen zou volgens de Belastingdienst een nieuwe bezitseris gelden. Indien de activa-passiva niet als afzonderlijke onderneming kunnen worden geïdentificeerd, gaat die opvatting niet (meer) op. Ingeval de verwerving ten tijde van de overdracht een afzonderlijke onderneming betreft en zelfstandig gezien niet voldoet aan de bezitstermijn, kan worden afgevraagd of de periode waarin de onderneming reeds een overnamekas in bezit had meetelt voor de bezitstermijn van de verworven onderneming. Het niet meetellen van de bezitsperiode waarin de overnamekas wordt aangehouden, zorgt volgens Pijpers en Visser voor de onbevredigende situatie dat de middelen van de overnamekas reeds kwalificeren als ondernemingsvermogen en gefacilieerd kunnen worden overgedragen, maar dat na inzetten van die middelen, de verworven onderneming niet gefacilieerd kan worden overgedragen, omdat er een

¹⁰⁴ Zie voor casuïstiek bij één of meer ondernemingen: Kempen in: *Cursus Belastingrecht IB.3.2.3.B.c.*

¹⁰⁵ WOB-verzoek

nieuwe bezitstermijn aanvangt.¹⁰⁶ Hier kan tegenin worden gebracht dat een overnamekas die bestemd is voor het verwerven van een afzonderlijke onderneming, niet tot het ondernemingsvermogen van de reeds gedreven objectieve onderneming behoort, waardoor de waarde van overnamekas ook niet gefacilieerd kan worden overgedragen. Die middelen zijn immers niet nodig voor het drijven van de reeds bestaande onderneming.¹⁰⁷

Mijns inziens kan niet anders worden beoordeeld dan dat de bezitsperiode van de overnamekas en de bezitsperiode van een nieuwe onderneming niet bij elkaar worden opgeteld, ondanks het feit dat van enige belastingverijdeling geen sprake hoeft te zijn.¹⁰⁸ Noch uit de letter van de wet, noch uit de materiële uitleg van de bezitsei blijkt dat de bezitsperiode van het hebben van een overnamekas meetelt voor de bezitstermijn waarin de (nieuwe) onderneming wordt gedreven. Dat het vermogen van een nieuwe onderneming niet kwalificeert voor de BOR, komt door de "spijkerharde" bezitstermijn. Dat is hetgeen dat de wetgever dient te repareren zodat uitsluitend reële bedrijfsopvolging gefacilieerd kunnen worden overgedragen. Zoals in hoofdstuk drie al duidelijk is gemaakt, maakt het namelijk niet uit voor welke duur men of het lichaam de onderneming heeft gedreven om te kunnen spreken van een reële bedrijfsopvolging. Dat de (nieuwe) onderneming mogelijk gefinancierd is met een overnamekas doet daar niets aan af. Zo zou mijns inziens een overnamekas ter verwerving van een (nieuwe) objectieve onderneming van een (toekomstig) IB-ondernemer niet als ondernemingsvermogen kwalificeren en daardoor ook niet gefacilieerd kunnen worden overgedragen. Hetzelfde dient dan te gelden voor de aanmerkelijkbelanghouder die in een lichaam waar zijn aandelen betrekking op hebben een overnamekas aanhoudt ter verwerving van een nieuwe objectieve onderneming.

4.2.2. Verwerving/uitbreiding van een belang in een samenwerkingsverband

Gedurende de bezitstermijn van een schenker dan wel erflater kan zijn belang in een samenwerkingsverband worden uitgebreid. Uit hetgeen hiervoor is beschreven, dient de bezitstermijn per afzonderlijke onderneming te gelden. Het uitbreidingsgedeelte betreft een evenredig gedeelte van een onderneming c.q. een zelfstandig gedeelte van een onderneming én geen zelfstandige onderneming in de zin van artikel 3.2 Wet IB 2001. Op basis van bovenstaande analyse is mijns inziens dan ook geen afzonderlijke bezitsei van toepassing bij een uitbreiding van het belang in een VOF of maatschap. De objectieve onderneming van een VOF wordt immers (mede) gedreven door een firmant. Hetzelfde geldt voor het belang van een maat in een openbare maatschap. Voor het belang

¹⁰⁶ Zie Y.J.M. Pijpers & P. Visser, WFR 2019/172, par. 2.3. en *Kamerstukken II* 2008/09, 31930, nr. 3, p.45 (MvT) en *Kamerstukken II* 2009/10, 31930, nr. 13, p.24 (NNV).

¹⁰⁷ Zie ook Hoogeveen en De Beer, TFO 2019/160.5, par. 4.4 (voorbeeld 4) en de aldaar vermelde voetnoot nr. 43.

¹⁰⁸ Zie ook Hoogeveen en De Beer, TFO 2019/160.5, par. 4.4 (voorbeeld 3).

van een stille maat in een stille maatschap zou die uitwerking mijns inziens ook moeten gelden, mits de stille maat voldoet aan de in hoofdstuk drie gestelde criteria van het reëel ondernemerschap. Zoals in hoofdstuk drie reeds is vermeld dient derhalve de definitie van het ondernemersbegrip in de Wet IB 2001 te worden aangepast zodat alle ondernemers die voldoen aan het reëel ondernemerschap kunnen worden aangemerkt als ondernemer.¹⁰⁹

Een ondernemer binnen een samenwerkingsverband draagt zijn subjectieve onderneming (gedeeltelijk) over aan zijn opvolger. Dat zijn subjectieve gerechtigheid tot een objectieve onderneming gedurende de bezitstermijn is gegroeid, betekent niet dat de overdrager vanaf het moment van verwerving een nieuwe onderneming is gaan gedreven. De overdrager blijft winst genieten uit dezelfde onderneming. Dat hij voor een groter deel gerechtigd is tot die winst doet daar mijns inziens niet aan af. Er blijft sprake van één onderneming als bedoeld in artikel 3.2 Wet IB 2001.

De vraag die hierbij rijst, is of deze opvatting houdbaar blijft in het geval dat een firmant wiens belang 1% bedraagt en het resterende belang aankoopt, waarna binnen korte termijn de gehele onderneming wordt geschonken aan de bedrijfsopvolger.

Een bedrijfsoverdracht zou bij een dergelijke situatie onder voorwaarden gefacilieerd moeten kunnen plaatsvinden. Vóór het moment dat de overdrager de gehele onderneming onder zijn hoede verkrijgt, dient de overdrager reeds ondernemer te zijn ten aanzien van de door de VOF gedreven onderneming. De overdrager dient immers voor de duur van één onderscheidenlijk vijf jaren ondernemer te zijn geweest van de onderneming. Noch uit de wet noch uit de parlementaire wetsgeschiedenis blijkt dat de mate van gerechtigheid tot het samenwerkingsverband relevant is voor toepassing van de BOR. Vervolgens is mijns inziens van belang hoe een bedrijfsoverdracht tot stand is gekomen.

Het kan voorvallen dat de onderneming wordt gedreven door vader en zoon. Indien vader (een deel van) het belang dat in eigendom is van de zoon aankoopt voordat de schenking aan dezelfde zoon plaatsvindt, wordt de BOR oneigenlijk gebruikt. Doordat er eerst contanten overgaan bij aankoop en

¹⁰⁹ Ten aanzien van de firmanten van een VOF en de maten van een openbare maatschap kan nog worden opgemerkt dat op basis van de (hoofdelijke) aansprakelijkheid het niet dient uit te maken voor de toepassing van de BOR of het belang in die samenwerkingsverband gedurende de bezitstermijn is uitgebreid. Zie voor de hoofdelijk aansprakelijkheid bij firmanten artikel 18 Wetboek van Koophandel en voor de mate van aansprakelijkheid bij maten van een openbare maatschap artikel. 7:407 jo. 7: 404 BW en zie ook: HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, nr. 11/05494, artikel 7A:1679 t/m 7A:1681 BW en Mohr & Meijers, Van personenvennootschappen 2018/4.3.1. en 4.3.2.

Dit argument geldt niet voor de uitwerking van de bezitseijs bij een uitbreiding van het belang van een stille maat. Op basis van de beoogde rechtsvormneutraliteit lijkt het mij wenselijk te noemen dat ook de stille maat zijn onderneming gefacilieerd kan overdragen middels de BOR. Indien een stille maat zijn belang gedurende de bezitstermijn heeft uitgebreid, dient ten aanzien van de uitbreiding geen afzonderlijke bezitstermijn te gelden. Zie hiervoor ook hoofdstuk drie.

vervolgens het ondernemingsvermogen wordt geschonken, wordt nu tweemaal vermogen (grotendeels) onbelast overgeheveld van vader op zoon. Het samenstel van rechtshandelingen lijkt hier louter te zijn gericht op fiscale redenen.¹¹⁰ Op grond van het leerstuk *fraus legis* kan mogelijk dergelijk misbruik worden tegengegaan. Dit is echter niet zeker gezien het arrest Hof Amsterdam de datum 19 december 2008. In deze zaak is vijf dagen voor overlijden de gerechtigheid in twee landgoederen uitgebreid. Het uitgebreide eigendomsbelang heeft wijlen mevrouw aangekocht van haar broer en zusters. Bij testament heeft wijlen mevrouw haar eigendomsbelang in die landgoederen gelegateerd aan haar broer en zusters en diens kinderen. In het zicht van vererving is belast vermogen omgezet in onbelast vermogen. Aangezien geen sprake is van een bezitsvereiste, kon het leerstuk *fraus legis* niet worden toegepast.¹¹¹ Naar analogie van dit arrest zou in de hiervoor geschetste casus mogelijk geoordeeld kunnen worden dat er juist geen sprake is van *fraus legis*. Het is dan ook aan de wetgever om dergelijk misbruik van de regeling te voorkomen. Dit kan middels het beschreven motiefvereiste in hoofdstuk drie.

Aan *fraus legis* worden twee eisen gesteld. De subjectieve en objectieve eis. De subjectieve eis heeft betrekking op het motief van de rechtshandeling. Aangezien in voorgaand voorbeeld de rechtshandeling gericht is om zoveel mogelijk belasting te besparen, wordt voldaan aan de subjectieve eis. Aan de objectieve normvereiste wordt voldaan als het samenstel van rechtshandelingen in strijd is met doel en strekking van de wet.¹¹² Indien de rechtshandeling uitsluitend wordt verricht ter omzetting van belast vermogen naar onbelast vermogen, kan mogelijk aan het objectieve normvereiste worden voldaan. Uit jurisprudentie blijkt dat een belastingplichtige vrij is in de keuze voor de voordeligste route, maar die vrijheid gaat niet zo ver dat men kan handelen in strijd met doel en strekking van de wet waarbij men het oogmerk heeft gehad belasting te vrijdelen middels een kunstmatige constructie.¹¹³ In het hiervoor beschreven voorbeeld heeft men enkel het oogmerk gehad om op basis van de aldaar genoemde constructie belasting te vrijdelen. Derhalve kan mogelijk het *ultimum remedium* worden ingesteld.

In het geval dat de medevenoot niet de zoon is maar een derde en zijn belang enkel wil verkopen aan de zoon van de andere venoot (vader) dan wel aan vader, is beantwoording op de vraag of sprake is van *fraus legis* mijns inziens anders. De zoon heeft te weinig middelen om het belang van de medevenoot over te nemen. Vader kan en wil dat bedrag aan hem schenken. Bij het overhevelen van

¹¹⁰ Zie voor een ander voorbeeld ter optimaal benut van de BOR: Hoogeveen en De Beer, TFO 2019/160.5, par. 4.4 (voorbeeld 1).

¹¹¹ Hof Amsterdam, 19 december 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BJ5941, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2009/23.19.

¹¹² HR 26 mei 1926, ECLI:NL:HR:1926:78, NJ 1926 (driedagenarrest).

¹¹³ Zie o.a. HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BK1057 nr. 08/05317, BNB 2012/127, r.o. 3.3.1.

liquide middelen zal schenkbelasting verschuldigd zijn ook al is dit bedoeld om direct na schenking ondernemingsvermogen aan te schaffen. Ingeval vader zijn belang eerst uitbreidt en vervolgens gefacilieerd overdraagt wordt de facto hetzelfde doel bereikt maar op een voordelige wijze. Weliswaar wordt hier mogelijk voldaan aan de subjectieve eis van *fraus legis*, omdat de rechtshandeling wordt verricht met het motief schenkbelasting te besparen. Objectief gezien is het uitbreiden van het belang en het schenken op een later moment niet in strijd met doel en strekking van de BOR, mits vader reeds ondernemer was ten aanzien van de onderneming van de VOF.¹¹⁴

De eventuele mogelijkheid om via een dergelijke “simpele” constructie mogelijk belasting te voorkomen lijkt mij zeer onwenselijk. Dit biedt de kans op meer misbruik van de regeling. Zo is het mogelijk dat vader een bod doet ter verkrijging van het belang van zijn medevenoot, zodat na een kort tijdsbestek (een deel van) het vermogen bij vererving of schenking onbelast is en waardoor de netto verkrijging van de zoon bij vererving of schenking meer is dan ingeval belast vermogen zou zijn overgedragen. Het is aan de wetgever oneigenlijk gebruikt zoveel mogelijk te voorkomen waarbij het anti-misbruikarakter niet ten koste gaat van de beoogde doelstelling van de wet. Voor een eventuele oplossing wordt terugverwezen naar hetgeen is vermeld in paragraaf 3.4.

4.2.3. Verwerving/uitbreiding van een onderneming of aandelenbelang in een BV

In het arrest HR 29 mei 2020 zaaknummer 19/00189 – besproken in paragraaf 4.1.2 – zijn gedurende de bezitstermijn twee indirect aanmerkelijk belangen verworven. De in die lichamen gedreven ondernemingen betreffen afzonderlijke ondernemingen. Derhalve gelden ten aanzien van de twee verworven indirecte aandelenbelangen vanuit de schenker gezien een afzonderlijke bezitsei. Mijns inziens is dit een juiste redenering. Maar hoe dient de bezitsei uit te werken ten aanzien van een uitbreiding van een (indirect) aandelenbelang? Op deze vraag wordt middels de volgende casusposities antwoord gegeven:

- Uitbreiding van het (in)direct belang middels aankoop;
- Uitbreiding van het (in)direct belang bij inkoop van eigen aandelen;
- Uitbreiding van het (in)direct belang middels juridische splitsing;
- Verkrijging van een onderneming en (in)direct belang bij juridische en aandelenfusie.

1. *Uitbreiding van een (in)direct belang middels aankoop*

Indien de schenker of erfflater minimaal gedurende vijf jaren respectievelijk één jaar aanmerkelijkbelanghouder is van een lichaam, wordt voldaan aan de eerste eis van de bezitsei. Als de omvang het aanmerkelijk belang in dat lichaam gedurende de vijf jaren is uitgebreid, geldt naar letter

¹¹⁴ Zie ook Albert, WFR 2017/121, par. 7. In deze bijdrage wordt ingegaan op *fraus legis* bij constructies met indirecte soortaandelen omwille van het gebruik van de BOR.

van de wet mijns inziens geen afzonderlijke bezitseris ten aanzien van die uitbreiding. Vereist is immers dat gedurende de bezitstermijn sprake is van een aanmerkelijk belang.¹¹⁵ Een dergelijke uitwerking van de bezitstermijn dat ziet op het houden van de aandelen sluit aan met de beoogde rechtsvormneutraliteit. Deze uitwerking sluit namelijk aan met de in paragraaf 4.2.1. vermelde uitwerking van de bezitseris ten aanzien van een uitbreiding van een belang in een samenwerkingsverband waarin een IB-onderneming wordt gedreven. Daarnaast betreft de uitbreiding van een aandelenbelang in een door een lichaam gedreven onderneming een evenredig gedeelte van een onderneming en géén zelfstandige onderneming.

Indien de schenker dan wel erflater gedurende de bezitstermijn een indirect belang heeft verworven, geldt enkel een afzonderlijke bezitstermijn voor het nieuwe verworven belang, als de aldaar gedreven onderneming ten tijde van de schenking een afzonderlijke onderneming betreft. Indien gedurende de bezitstermijn een indirect belang is uitgebreid, geldt naar mijn mening ten aanzien van de uitgebreide gerechtigheid geen afzonderlijke bezitstermijn.¹¹⁶ De uitbreiding van het belang betreft immers geen afzonderlijke onderneming en daarnaast is ten doel gesteld dat indirecte aanmerkelijk belangen zoveel mogelijk gelijk dienen te worden behandeld als een direct belang in een actief lichaam. De posterieure uitlatingen van de staatssecretaris in 2016 met betrekking tot dit punt lijken mij dan ook rechtens onjuist.¹¹⁷

Evenals bij een uitbreiding van een belang bij een IB-onderneming in een samenwerkingsverband biedt ook deze opvatting in dit geval meer ruimte om de faciliteit oneigenlijk te gebruiken. Zo is het mogelijk dat de schenker een (in)direct belang uitbreidt dat gericht is op de directe (door)overdracht van de aandelen aan de beoogd bedrijfsopvolger waarbij de uitbreiding van het belang is gefinancierd met beleggingsvermogen. De schenker of het lichaam waar diens aandelen betrekking op hebben, heeft niet het voornemen gehad haar gerechtigdheid tot de onderneming uit te breiden, van een overnamekas is dan ook geen sprake.¹¹⁸ Belast vermogen kan dus worden omgezet in onbelast vermogen in het zicht van de schenking of vererving.

Gelet op het anti-misbruikarakter van de bezitstermijn zou een andere uitleg kunnen gelden. Een uitleg die daarbij beter rijmt is namelijk dat bij elke uitbreiding van een (in)direct aanmerkelijk belang een afzonderlijke bezitstermijn dient te gelden. De afzonderlijke bezitstermijn geldt dan ten aanzien van de verworven aandelen. Dit maakt mijns inziens wel inbreuk op de beoogde rechtsvormneutraliteit en op de beoogde doelstelling om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te realiseren. Mijns inziens is

¹¹⁵ Zie ook HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:990, nr. 19/00189, r.o. 2.4.1.

¹¹⁶ Zie ook Bos-Schepers, WFR 2020/8, par. 4 (onderdeel 1).

¹¹⁷ *Kamerstukken I 2016/17*, 34552 – 34545, E, p. 61 (MvA).

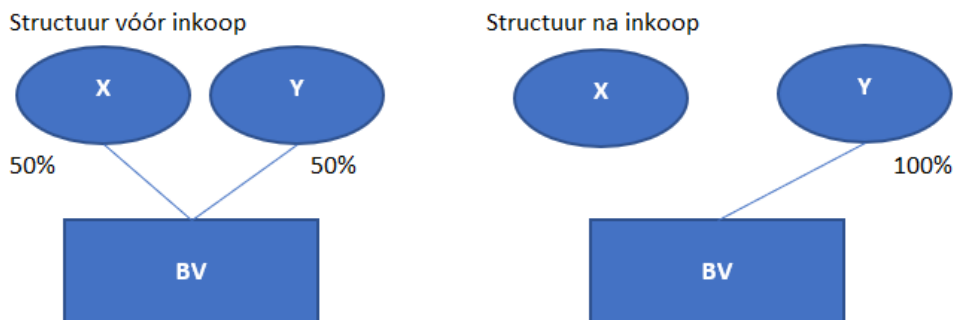
¹¹⁸ Hoogeveen en De Beer, TFO 2019/160.5, par. 4.4 (voorbeeld 4).

het dan ook juist dan wel pleitbaar om uit te gaan van de uitwerking die in lijn ligt met de beoogde rechtsvormneutraliteit. Het is aan de wetgever de mogelijkheid tot misbruik van de regeling die hierdoor bestaat te repareren. Het uitsluiten van een irreële uitbreiding van een (in)direct belang is mijns inziens mogelijk met het beschreven motiefvereiste in paragraaf 3.4.

2. *Uitbreiding van het (in)direct belang bij inkoop van eigen aandelen*

Een uitbreiding van het (in)direct aanmerkelijk belang van een aandeelhouder kan plaatsvinden doordat de aandelen van een medeaandeelhouder door het lichaam – waarop de aandelen betrekking op hebben – worden ingekocht. Zie onderstaande figuur ter verduidelijking. Het belang van aandeelhouder Y is vanwege de inkoop van aandelen – welke in bezit waren van X – uitgebreid van 50% naar 100%.

Figuur 3 - inkoop van aandelen



Dat het belang van aandeelhouder Y is toegenomen van 50% naar 100% is mijns inziens geen reden om ten aanzien van het uitgebreide deel een afzonderlijke bezitstermijn te laten gelden. Hetgeen in het vorige onderdeel is beschreven dient mijns ook te gelden voor een uitbreiding van het belang dat ontstaat doordat het lichaam eigen aandelen inkoop die in eigendom waren van medeaandeelhouder.

Ook hierbij kan een constructie worden gemaakt waarbij de inkoop van eigen aandelen onderdeel is van een samenstel van rechtshandelingen die gericht zijn op (door)overdracht van het gehele belang naar de beoogd bedrijfsopvolger.

Voorbeeld

Aandeelhouder X is niet bereid zijn belang te schenken aan de beoogde bedrijfsopvolger, de dochter van Y. Besloten wordt dat het lichaam het aandelenpakket van X zal inkopen, waarna aandeelhouder Y het 100% belang schenkt aan zijn dochter.

Bij de inkoop heeft het lichaam een bedrag betaald aan X. Het vermogen van het lichaam is daardoor dus verlaagd. Indien deze aangesproken gelden blijvend overtollig waren, is de waarde van het ondernemingsvermogen onaangetaast gebleven. De constructie zorgt er wel voor dat het belastbare

beleggingsvermogen van het lichaam afneemt, waardoor er minder schenkbelasting geheven kan worden. Een dergelijke samenstel van rechtshandelingen richt zich alleen op het doel de volledige onderneming op een relatief goedkope wijze (voor de voortzetter) bij de beoogd bedrijfsopvolger te krijgen.

Wederom kan de wetgever deze onwenselijke constructie mogelijk bestrijden met het vermelde motiefvereiste in paragraaf 3.4.

3. Uitbreiding van een (in)direct belang middels juridische splitsing

Bij een splitsing worden de aandelen in een lichaam afgestaan in ruil voor nieuwe aandelen in een lichaam dat ontstaat wegens de splitsing van het lichaam. Indien dit zich heeft voorgedaan binnen vijf jaren voordat die aandelen worden geschonken, is ten aanzien van de nieuwe (verkregen) aandelen in beginsel niet voldaan aan de bezitstermijn. Materieel gezien wordt wel voldaan aan de bezitstermijn omdat de afgestane aandelen reeds betrekking hadden op het afgesplitste deel van het lichaam. In artikel 9 lid 2 UR S&E is dan ook een uitzondering hiervoor gemaakt. De bezitstermijn van de afgestane aandelen en de bezitstermijn van de verkregen aandelen worden bij elkaar gevoegd ter bepaling of schenker dan wel erflater ten aanzien van die aandelen voldoet aan de bezitseis.

De vraag is of deze uitzonderingsbepaling ook geldt voor het tweede deel van bezitseis ten aanzien van aanmerkelijkbelangaandelen, namelijk: heeft het lichaam waar de aandelen betrekking op hebben gedurende vijf jaren onderscheidenlijk één jaar de onderneming gedreven? De rechtbank beantwoordt deze vraag ontkennend.¹¹⁹ In de zaak bij de rechtbank ging het om een belang van 49%. Voordat de splitsing had plaatsgevonden had schenker een 49% (indirect) belang in de onderneming waar twee activiteiten werden geëxploiteerd, te weten een hoor- en optiekcentra. Na splitsing heeft schenker een 100% aandelenbelang verkregen in de hoorcentra. Omdat het lichaam van de schenker gedurende vijf jaren de hoorcentra heeft gedreven met een gerechtigheid van 49%, oordeelt de rechtbank dat de BOR voor 49% van toepassing is.

Hieruit volgt dat uitsluitend voldaan wordt aan de bezitseis ten aanzien van het belang dat de schenker (indirect) heeft gehad in de onderneming gedurende vijf jaren. Ten aanzien van het evenredige gedeelte van de onderneming dat erbij is gekregen (in casu 51%) zou volgens de rechtbank een afzonderlijke bezitstermijn gelden. Op basis van al hetgeen hiervoor reeds is vermeld, is de rechtsopvatting van de rechtbank mijns inziens onjuist. De bezitstermijn geldt per afzonderlijke onderneming en geldt niet ten aanzien van een zelfstandig gedeelte van een onderneming. Ook bij een bedrijfsoverdracht ná splitsing en herstructurering dient te worden nagegaan of het overgedragen

¹¹⁹ Rb. Zeeland-West Brabant, 20 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3757, nr. BRE – 17 709, r.o. 4.10.3. (m.nt. D. Van Beelen, NTFR 2020/687). Tegen deze zaak is door belanghebbende hoger beroep ingesteld.

ondernemingsvermogen meerdere ondernemingen betreft en dat het lichaam waarop de aandelen van schenker betrekking hebben gedurende bezitstermijn die onderneming(en) heeft gedreven.

Ingeval het lichaam waarop de afgestane en verkregen aandelen (middels splitsing) van schenker dan wel erflater betrekking hebben, gedurende de bezitstermijn de diverse hoorcentra (mede) hebben gedreven, geldt er bij een uitbreiding van het belang in die onderneming(en) geen afzonderlijke bezitseis.¹²⁰

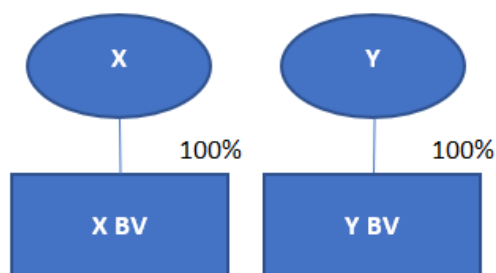
4. *Verkrijging van een onderneming en (in)direct belang bij juridische en aandelenfusie.*

De uitzonderingsregeling van artikel 9 lid 2 UR S&E benoemt naast de in voorgaand onderdeel beschreven (geruisloze) juridische splitsing ook de (geruisloze) aandelenfusie en (geruisloze) juridische fusie. Ondanks het feit dat alle drie gevallen in aanmerking komen voor de uitzonderingsbepaling van artikel 9 lid 2 UR S&E, werkt de ondernemingseis bij een fusie anders uit dan de hiervoor vermelde splitsing. Hiervoor geldt een logische verklaring. Bij een splitsing drijft het lichaam van de schenker dan wel erflater materieel gezien gedurende de bezitstermijn reeds (mede) de onderneming(en). Bij een aandelen of juridische fusie behoeft dat niet het geval te zijn in de situatie dat de fusie wordt aangegaan met een lichaam die in eigendom is van een ander dan de schenker dan wel erflater. Ter verduidelijking onderstaande figuren.

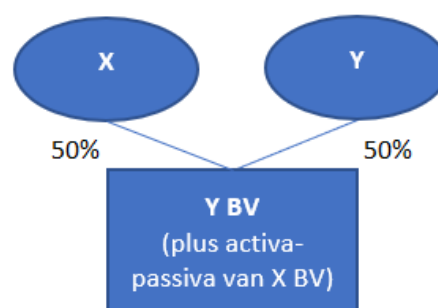
Juridische Fusie

Figuur 4 - juridische fusie

Vóór fusie



Na fusie



Bij een juridische fusie draagt een aandeelhouder de activa-passiva van het ene lichaam over aan het lichaam van de andere aandeelhouder ter verkrijging van aandelen in het laatstbedoelde lichaam of in een nieuwe op te richten lichaam. Het lichaam wiens vermogen wordt overgedragen houdt op te bestaan.

¹²⁰ Zie ook Van Beelen, annotatie bij Rb. Zeeland-West Brabant 20 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3757, NTFR 2020/687.

Stel dat aandeelhouder X drie jaren na fusie zijn aandelen schenkt aan zijn zoon. X is al jaren aanmerkelijkbelanghouder van X BV geweest. Op grond van artikel 9 lid 2 UR S&E voldoet X aan de bezitseis ten aanzien van de aandelen in Y BV. Tevens is vereist dat het lichaam gedurende vijf jaren de onderneming heeft gedreven. De ingebrachte onderneming van X BV en de reeds bestaande onderneming van Y BV zijn ten tijde van de schenking twee afzonderlijke ondernemingen. Derhalve dient voor iedere afzonderlijke onderneming een bezitseis te gelden. Materieel gezien drijft aandeelhouder X de onderneming die toerekenbaar zou zijn aan X BV meer dan vijf jaren.

Het ondernemingsvermogen dat daaraan toerekenbaar is zou in aanmerking moeten komen voor de BOR. Echter drijft het lichaam Y BV die onderneming niet gedurende vijf jaren, waardoor naar de letter van de wet de BOR niet van toepassing is.

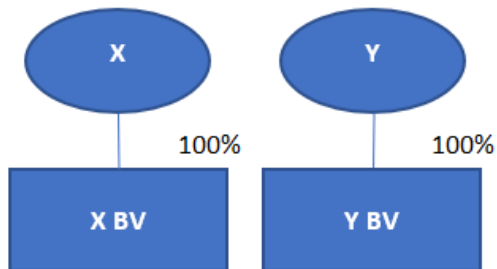
Het ondernemingsvermogen dat toerekenbaar is aan de afzonderlijke onderneming dat reeds behoorde tot Y BV wordt wel voor meer dan vijf jaren gedreven door het lichaam waarop de aandelen van X betrekking op hebben. Derhalve zou het ondernemingsvermogen dat aan die afzonderlijke onderneming toerekenbaar is in aanmerking komen voor de BOR. Het feit dat die afzonderlijke onderneming niet reeds vijf jaren (mede) door aandeelhouder X is gedreven, doet daar niets aan af.

Gezien het feit dat de bezitseis materieel dient te worden uitgelegd, is mijns inziens de bedoeling dat in onderhavig geval die materiele uitleg ook gevolgd wordt. Dit betekent dat aandeelhouder X de waarde van zijn aandelen Y BV gefacilieerd kan schenken voor zover de waarde betrekking heeft op de afzonderlijke onderneming die reeds werd gedreven door X BV. De waarde van die aandelen die betrekking op de reeds bestaande onderneming in Y BV komen niet in aanmerking voor de BOR. Indien Y zijn aandelen schenkt geldt vice versa hetzelfde. Deze uitwerking dient overeenkomstig te gelden ingeval de twee lichamen fuseren waarbij een nieuw lichaam wordt opgericht. In het kader van een reële bedrijfsopvolging zou mogelijk zelfs het gehele vermogen waarop de aandelen ten tijde van schenking betrekking hebben, gefacilieerd moeten kunnen worden overgedragen.

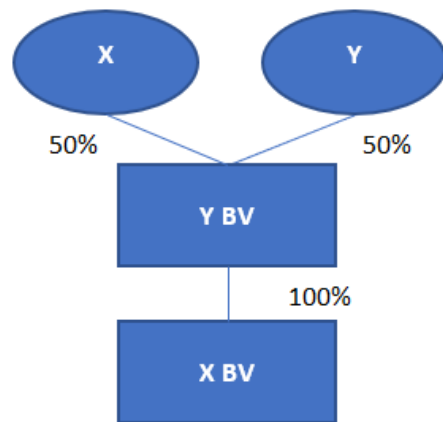
Ingeval ten tijde van schenking de onderneming van X BV niet meer identificeerbaar is en is opgegaan in de reeds bestaande onderneming van Y BV zou op basis van de arresten HR 29 mei 2020 de BOR niet van toepassing zijn ten aanzien van de waarde van de gehouden aandelen door X. Y kan daarentegen in dat geval al het ondernemingsvermogen gefacilieerd overdragen. Ter bescherming van de materiële uitleg van de bezitseis en ter verlening van de faciliteit bij reële bedrijfsopvolgingen dient de wetgever uitzonderingsregel van artikel 9 UR S&E te verruimen.

Aandelenfusie

Figuur 5 - Aandelenfusie
Vóór fusie



Na fusie



Bij een aandelenfusie draagt een aandeelhouder zijn aandelen van het ene lichaam over aan het lichaam van de andere aandeelhouder ter verkrijging van aandelen in het laatstbedoelde lichaam.

Als gedurende de bezitstermijn een aandelenfusie heeft plaatsgevonden, dient de bezitseris eenzelfde uitwerking te hebben als bij de hiervoor beschreven uitwerking bij de juridische fusie. Behoudens het feit dat de afzonderlijke onderneming van X BV bij een aandelenfusie niet op kan gaan in de reeds gedreven onderneming van Y BV. Zolang de onderneming gedreven wordt door X BV zal die onderneming identificeerbaar zijn als een afzonderlijke onderneming.

4.3. Deelconclusie

De bezitseris sluit aan bij het ondernemingsbegrip van artikel 3.2 Wet IB 2001. Daarbij gaat het om één of meer ondernemingen waaruit belastingplichtige als ondernemer winst geniet. Indien de schenker of erflater ten tijde van overdracht meerdere ondernemingen drijft, geldt per afzonderlijke onderneming een afzonderlijke bezitseris. Uit de bewoordingen "... of een gedeelte daarvan" van artikel 35c SW 1956 kan niet worden opgemaakt dat die bewoordingen geldend zijn voor de bezitseris. Mijns inziens worden met die bewoordingen uitsluitend bedoeld dat een verkrijging van een gedeelte van een onderneming tevens in aanmerking komt voor de BOR. Daaruit volgt dat een zelfstandig gedeelte van een onderneming niet onder de reikwijdte van de bezitseris valt. Derhalve geldt tevens geen bezitseris ten aanzien van een uitbreiding van een belang in een samenwerkingsverband waar een IB-onderneming wordt gedreven of ten aanzien van een uitbreiding van een aanmerkelijk belang in een door een lichaam (mogelijk na toerekening) gedreven onderneming, mits die onderneming reeds door de schenker dan wel erflater als ondernemer is gedreven respectievelijk mits de schenker dan wel erflater reeds een aanmerkelijk belang had in de door een lichaam (mogelijk na toerekening)

gedreven onderneming. Tot zover sluit ik mij dan ook aan bij het oordeel van de Hoge Raad in de gewezen arresten op 29 mei 2020.

Wat betreft de materiële uitleg van de bezitser dient nog het een en ander te worden gerepareerd. Indien een (in)direct belang van schenker dan wel erflater binnen concern ruisend wordt verhangen, zou bij een schenking binnen vijf jaren na verhangen of bij vererving binnen één jaar na verhangen de BOR niet kunnen worden toegepast ondanks het feit dat de schenker dan wel erflater materieel gezien voldoet aan de bezitstermijn. Tevens kan mogelijk de BOR niet worden toegepast als gedurende de bezitstermijn een fusie heeft plaatsgevonden. De ingebrachte onderneming wordt namelijk niet meer dan vijf jaren onderscheidenlijk één jaar door het lichaam gedreven. Materieel gezien voldoet de schenker dan wel erflater wel degelijk aan de bezitstermijn ten aanzien van de ingebrachte onderneming.

Een afzonderlijke bezitser per afzonderlijke onderneming doet meer recht aan het beoogde doel om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren dan in vergelijking met een afzonderlijke bezitser per zelfstandig gedeelte van een onderneming. De ruimte voor oneigenlijk gebruik van de regeling is wel toegenomen met deze uitleg. Uit hetgeen bovenstaand is beschreven blijkt dat het mogelijk is een belang in een samenwerkingsverband of een aandelenbelang in een lichaam uit te breiden uitsluitend gericht op (door)overdracht aan de beoogd bedrijfsopvolger. Hetzelfde geldt voor het verwerven een onderneming die opgaat in de reeds gedreven onderneming. De wetgever dient de wetgeving op dusdanige wijze te repareren zodat het doel om uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren en het doel misbruik te voorkomen beiden worden gerealiseerd. In de aanbevelingen van paragraaf 5.2 wordt hier verder op ingegaan.

Hoofdstuk 5 – Conclusie en aanbevelingen

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de probleemstelling van dit onderzoek:

Hoe dient de bezitseis van de bedrijfsopvolgingsregeling te worden uitgelegd bij een uitbreiding en/of aankoop van activiteiten van een onderneming (in een lichaam) binnen de bezitsperiode in de zin van artikel 35d, lid 1 onderdelen a en c SW 1956 en binnen de doelstelling van de wetgever om reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren en met inachtneming van het voorkomen van misbruiksituaties?

5.1. Conclusie

Een erflater dan wel schenker dient zijn onderneming voor één jaar respectievelijk vijf jaren te hebben gedreven. Indien gedurende de bezitstermijn een nieuwe (gedeelte van een) onderneming is aangeschaft en ten tijde van schenking blijkt dat die aankoop een objectieve onderneming betreft, dan geldt voor die afzonderlijke onderneming een afzonderlijke bezitstermijn.

Ingeval een aanmerkelijk belang wordt nagelaten of geschonken, geldt ten aanzien van dat aanmerkelijk belang en voor de onderneming die door dat lichaam wordt gedreven één bezitseis. Indien het lichaam waarop de aandelen betrekking hebben ten tijde van schenking en na toerekening meerdere objectieve ondernemingen – zoals bedoeld in de inkomstenbelasting - drijft, dan geldt per afzonderlijke onderneming een afzonderlijke bezitstermijn

De bezitstermijn dient dus – in lijn met de arresten van de Hoge Raad op de datum 29 mei 2020 – per afzonderlijke onderneming te gelden.

Noch uit de wet, noch uit de parlementaire wetsgeschiedenis bij de herziening van de BOR is duidelijk geworden dat de bezitseis dient te gelden ten aanzien van indirecte aandelenbelangen of ten aanzien van een gehouden gerechtigheid in een samenwerkingsverband die gedurende de vereiste bezitsperiode is uitgebreid. Bij een samenwerkingsverband van een IB-onderneming geldt dat de erflater dan wel schenker de objectieve onderneming gedurende één respectievelijk vijf jaren dient te hebben gedreven. Een uitbreiding van het belang in een samenwerkingsverband betekent niet dat erflater dan wel schenker die objectieve onderneming meer of minder heeft gedreven; er geldt dan ook geen afzonderlijke bezitstermijn voor het uitbreidingsgedeelte die heeft plaats gevonden.

In het kader van de beoogde rechtsvormneutraliteit dient hetzelfde te gelden ten aanzien van aanmerkelijkbelangaandelen. Indien erflater of schenker gedurende de vereiste bezitstermijn een aanmerkelijk belang heeft gehad, is dat mijns inziens voldoende om te voldoen aan de bezitseis die ziet op de erflater dan wel schenker. Ingeval een nieuw indirect belang wordt verworven gedurende de bezitstermijn geldt daarvoor een afzonderlijke bezitstermijn, tenzij ten tijde van schenking of

vererving de aldaar gedreven onderneming is opgegaan in een reeds gedreven onderneming. Hetzelfde geldt voor een indirect belang dat geen onderneming drijft. Daarvan kan sprake zijn indien een dergelijk belang enkel een bedrijfspand in eigendom heeft. Dan dient te worden nagegaan of dat pand behoort tot het ondernemingsvermogen van de reeds gedreven objectieve onderneming of tot het niet gefacilieerde beleggingsvermogen.

Dat de staatsecretaris in 2016 uitlatingen heeft gedaan omtrent een andere opvatting bij aandelenbelangen in een lichaam of omtrent de gerechtigheid in een samenwerkingsverband, doen daar niets aan af. Deze duidelijkheid had hij bij de herziening van de wet moeten verschaffen, zodat aan die uitlatingen enige betekenis kon worden verleend. De staatsecretaris heeft deze opvatting (pas) duidelijk gemaakt nadat een rechtbank heeft geoordeeld dat de bezitser ook ziet op een zelfstandig gedeelte van een onderneming. Daarnaast heeft de wetgever bij de voortzettingseis wel aandacht besteed een zelfstandig gedeelte van een onderneming, gezien de bewoordingen van artikel 35e SW 1956. Deze duidelijkheid had de wetgever ook bij de bezitser kunnen geven ingeval dat de bedoeling had moeten zijn.

Deze uitwerking van de bezitser ligt meer in lijn met het hoofddoel van de BOR, dan ingeval de opvatting van de staatsecretaris zou worden gevolgd. De BOR dient immers uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren.

5.2. Aanbevelingen

Ondanks het feit dat bovenstaande uitleg van de bezitser in lijn ligt met het hoofddoel van de BOR, blijft het mogelijk dat een reële bedrijfsopvolging niet in aanmerking komt voor de faciliteit. Een vereiste bezitstermijn maakt nou eenmaal inbreuk op het doel om uitsluitend reële gevallen te faciliteren. Hetzelfde geldt voor de voortzettingstermijn.

Daarnaast biedt de hiervoor beschreven uitleg ook ruimte voor oneigenlijk gebruik van de regeling. Dit is het geval wanneer een onderneming is aangekocht welke is opgegaan in een reeds gedreven onderneming waarbij belast vermogen is omgezet in onbelast vermogen en waarbij enige bedrijfseconomische redenen aan ontbreekt. Daarnaast kunnen ook belangen in een samenwerkingsverband of aandelenbelangen worden uitgebreid, waarbij de verwerving is gericht op (door)overdracht aan de beoogd bedrijfsopvolger. Bij de uitbreiding van het belang wordt dan belast vermogen omgezet in onbelast vermogen.

De faciliteit staat ook "open" voor passieve aandeelhouders. Zij kunnen niet worden gelijkgesteld met een ondernemer. Zij houden een aandelenbelang enkel ter belegging. Het is dan ook onrechtvaardig te noemen dat dergelijke beleggers de waarde van het bezit gefacilieerd kunnen overdragen en

beleggers in ander soort vermogen daarvan worden uitgesloten. De BOR dient dan ook uitsluitend te worden "opengesteld" voor ondernemers of aandeelhouders die voldoen aan het "echte ondernemerschap".

Het zou de wetgever sieren om de wetgeving dusdanig te formuleren dat het beoogde doel kan worden gerealiseerd en waarbij misbruik wordt uitgesloten. Beoogd is enkel reële bedrijfsopvolgingen te faciliteren en dus ook "echte" ondernemers. Om die doelstelling te behalen, had de wetgever meer aandacht moeten geven aan de kwalificerende, ondernemende aandeelhouder in plaats van de aanmerkelijkbelanghouder an sich.

Het verdient dan ook de aanbeveling om de bezitseis (en mogelijk ook de voortzettingseis) te herzien, waarbij rekening gehouden wordt met de volgende punten, ongeacht of er een onderneming of aandelen worden overgedragen:

- Toetsing aan het reëel ondernemerschap bij de overdrager. De erflater dan wel schenker dient de onderneming als ondernemer te hebben gedreven. De schenker dan wel erflater dienen daarvoor te voldoen aan het betrokkenheids criterium en het winstgerechtigheids criterium. Wellicht dat hiervoor ook het ondernemersbegrip uit de Wet IB 2001 dient te worden aangepast zodat ook stille maten als ondernemer worden gekwalificeerd, mits zij voldoen aan de criteria van het reëel ondernemerschap;
- Uitzonderingsregel voor de gefaseerde bedrijfsopvolging. Ingeval de erflater dan wel schenker niet meer voldoet aan het reële ondernemerschap maar nog wel ondernemingsvermogen overdraagt, is de faciliteit van toepassing als sprake is van een gefaseerde bedrijfsopvolging.
- Toetsing aan het reëel ondernemerschap bij de opvolger. De verkrijger dient de onderneming als ondernemer te hebben gedreven. De verkrijger dient daarvoor te voldoen aan het betrokkenheids criterium en het winstgerechtigheids criterium;
- Het opnemen van een antimisbruikbepaling. Ingeval (een zelfstandig gedeelte van) het allesomvattende ondernemingsvermogen korter dan huidige vereiste termijn in bezit is geweest of is voortgezet, wordt geacht dat er sprake is (geweest) van een samenstel van rechtshandelingen, welke zijn gericht op de (door)overdracht of liquidatie van de onderneming;
- Het opnemen van een tegenbewijsregeling, welke ingevuld moet worden bij het doen van aangifte. De overdrager dan wel voortzetter moeten de mogelijkheid hebben om te kunnen bewijzen dat er sprake is van een reële bedrijfsopvolging in plaats van een samenstel van rechtshandelingen, welke zijn gericht op de (door)overdracht of liquidatie van de onderneming. Van een reële bedrijfsopvolging is sprake als de ondernemingsuitbreiding is

verworven vanuit bedrijfseconomische reden of wanneer een geheel andere onderneming is gefinancierd middels het hebben van een overnamekas. Dit is het motiefvereiste.

Daarnaast kan vanuit de bevordering van de rechtszekerheid een bepaling worden opgenomen waarin belastingplichtige de casus van de bedrijfsopvolging kan voorleggen aan de fiscus. De fiscus besluit vervolgens bij een voor bezwaar vatbare beschikking.

De wetgever dient vervolgens nog aandacht te besteden aan de materiële uitleg van de bezitseis. De situaties waarin feitelijk niet aan de bezitstermijn wordt voldaan, maar materieel gezien daaraan wel voldoen, zijn opgenomen in artikel 9 UR S&E. De aldaar vermelde situaties dienen te worden uitgebreid. Denk daarbij aan de situatie waar de schenker dan wel erflater een aanmerkelijk belang verkocht aan een door hem (indirect) gehouden lichaam. Ook gedacht kan worden aan de juridische fusie waarbij het lichaam van schenker opgehouden is te bestaan. Op het moment van schenking van de (nieuwe) aandelen heeft het (nieuwe) lichaam, waarop de aandelen betrekking hebben, de onderneming niet voor vijf jaren gedreven. Materieel gezien heeft de aandeelhouder zijn onderneming meer dan vijf jaren "gedreven". Onderzocht moet worden in hoeverre de materiële uitleg verder dient te worden uitgebreid.

Verder dient onderzocht te worden of de gehanteerde definitie van de objectieve onderneming ten behoeve van artikel 35b SW 1956 dient te worden gewijzigd. Geacht wordt – ten behoeve van de vrijstelling van de BOR – dat één direct aanmerkelijk belang betrekking heeft op één objectieve onderneming. Een verkrijger van een IB-onderneming geniet per objectieve onderneming de vrijstelling. Aangezien de wetgever bij de regeling is uitgegaan van het IB-ondernemingsbegrip, zal in het kader van de rechtsvormneutraliteit ook bij het verkrijgen van een direct aanmerkelijk belang moeten worden bekeken om hoeveel objectieve ondernemingen die verkregen aandelen betrekking hebben. Een schenker of erflater zou bij het oprichten van zijn lichamen al rekening kunnen houden door per objectieve onderneming een direct aanmerkelijk belang te houden, zodat bij de overdracht van de verschillende directe aanmerkelijk belangen meerdere keren gebruikt kan worden gemaakt van de vrijstelling. De wetgever staat deze vrijheid ook reeds toe vanwege de toerekening van het ondernemingsvermogen op niveau van een holdingmaatschappij. Per direct aanmerkelijk belang wordt immers geacht dat er sprake is van één objectieve onderneming. Een eventuele wijziging van het objectieve ondernemingsbegrip in de SW 1956 zal wel gepaard moeten gaan met een verlaging van de vrijstelling. Het lijkt mij namelijk onwenselijk indien de verkrijger van een lichaam – welke over het algemeen meer waarde aan ondernemingsvermogen heeft – de royale vrijstelling per objectieve onderneming naar IB-maatstaven kan genieten. De vrijstelling zal derhalve des te aantrekkelijker worden. Een (aantrekkelijke) vrijstelling zorgt ervoor dat men ook zoveel mogelijk daarvan gebruik wil

maken. Dit maakt wel inbreuk op de rechtsvormneutraliteit. Het volledig rechtsvormneutraal maken van de gehele faciliteit lijkt mij dan ook zeer complex.

Daarnaast bestaat nog het vraagstuk omtrent de rechtvaardigheid van de BOR. Onderzoek naar het mogelijke risico dat een onderneming in liquiditeitsproblemen kan komen te verkeren, is niet gedaan en uit onderzoek in 2020 ten behoeve van een beter belastingstelsel is gebleken dat de BOR een te groot cadeau-effect zou bevatten, omdat de verleende vrijstelling veelal groter is dan dat nodig zou zijn geweest om het doel te doen realiseren. Het verlenen van de huidige vrijstelling lijkt dus niet noodzakelijk te zijn ter bevordering van de doelmatigheid van de BOR.

Het afschaffen van de vrijstelling in combinatie met het laten bestaan van een betalingsregeling zal de rechtvaardigheid omtrent de verschillende behandeling van ondernemingsvermogen en ander vermogen niet alleen doen herstellen maar zal ook zorgen voor meer belastingopbrengsten die vervolgens weer op een betere manier kunnen worden besteed. Tevens zal een betalingsregeling uitvoeringstechnisch gezien eenvoudiger worden. Ik juich een BOR die enkel een betalingsregeling kent dan ook toe. Indien uit onderzoek nog mocht blijken dat de continuïteit van onderneming in gevaar kan komen, dient de vrijstelling zodanig versoerd te worden waarmee het doel, het waarborgen van de continuïteit van ondernemingen, gerealiseerd wordt en waarbij dan ook uitsluitend reële bedrijfsopvolgingen worden gefacilieerd.

Literatuurlijst

Literatuur

M.J. Hoogeveen, *De kwaliteit van de fiscale bedrijfsopvolgingswetgeving* (diss. Tilburg), 2011.

I.J.F.A. van Vijfeijken & N.C.G. Gubbels, *Cursus Belastingrecht Schenk- en Erfbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 (online).

P.H.J. Essers, M.L.M. van Kempen & A.C. Rijkers (red.), *Cursus Belastingrecht Inkomstenbelasting*, Deventer: Wolters Kluwer 2020 (online)

A.L. Mohr en V. Meijers, *Van personenvennootschappen*, Wolters Kluwer Deventer 2018 (online).

WPNR

M.J. Hoogeveen, 'Bedrijfsopvolgingsfaciliteiten in de Successiewet 1956 per 1 januari 2002', WPNR 02/6485.

WFR

A.M.A. de Beer, 'Ondernemingsvermogen voor de BOR-AB: enkele knelpunten', WFR 2015/1319.

Y.J.M. Pijpers en P. Visser, 'Uitbreiding en staking van de onderneming binnen de bezits- en voortzettingseis', WFR 2019/172.

R.M. Bos-Schepers, 'De bedrijfsopvolgingsregeling en het ondernemingsbegrip in de inkomstenbelasting', WFR 2020/8.

P.G.H. Albert, 'Indirect aanmerkelijk belang en BOR', WFR 2017/121.

TFO

A.M.A. de Beer en M.J. Hoogeveen, 'Een zoektocht naar de reële bedrijfsopvolging', TFO 2019/160.5.

NTFR

A. Rozendal, 'De bezitseis in de BOR en de aankoop van 'losse' vermogensbestanddelen', NTFR 2017/2851.

FED

A. de Haan, 'De bedrijfsopvolgingsregeling: stimulering of grondslagversmalling?', FED 2009/81.

Jurisprudentie

Rechtbank

Rb. Den Haag, 15 juli 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:9308, nr. 15, 5875 SCHENK.

Rb. Zeeland-West Brabant, 30 november 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6631, nr. 19/00189.

Rb. Noord-Holland, 19 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1089, nr.19/01680 en 19/01695.

Rb. Zeeland-West Brabant, 20 juni 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:3757, nr. BRE – 17 709, m.nt. D. Van Beelen, NTFR 2020/687.

Gerechtshof

Hof Den Haag, 19 juli 2017, ECLI:NLGHDHA:2017:2429, nr. 16/00373, V-N 2017/62.20.

Hof Amsterdam, 19 december 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BJ5941, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws, V-N 2009/23.19.

Conclusie A-G

Concl. A-G IJzerman, ECLI:NL:PHR:2019:825, bij Rb. Zeeland-West Brabant 30 november 2018, nr. 19/00189.

Concl. A-G IJzerman, ECLI:NL:PHR:2019:827, bij Rb. Noord-Holland 19 februari 2019, nr. 19/01680 en 19/01695.

Hoge Raad

HR 26 mei 1926, ECLI:NL:HR:1926:78, NJ 1926 (driedagenarrest).

HR 21 februari 1967, ECLI:NL:GHARN:1967:AX6169, BNB 1967/152.

HR 18 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AW8681, BNB 1984/169.

HR 16 oktober 1985, ECLI:NL:HR:1985:AW8175, BNB 1985/320.

HR 29 augustus 1997, ECLI:NL:PHR:1997:AA2238, BNB 1997/375.

HR 14 november 2011, ECLI:NL:HR:2008:BC3673, nr. 42927.

HR 10 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BK1057 nr. 08/05317, BNB 2012/127.

HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, nr. 11/05494.

HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:867, nr. 19/01680 en nr. 19/01695.

HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:990, nr. 19/00189.

Parlementaire stukken

Kamerstukken I 2008/09, 27789, A (brief van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 24 november 2008).

Kamerstukken I 2016/17, 34552 – 34545, E (MvA).

Kamerstukken II 1997/98, 25688, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2008/09, 31930, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2009/10, 32129, 3 (MvT).

Kamerstukken II 2009/10, 32129, 8 (NV).

Kamerstukken II 2008/09, 31930, 9 (NV).

Kamerstukken II 2009/10, 31930, 13 (NNV).

Overig

Besluit WOB-verzoek bedrijfsopvolgingsregeling, 23 juli 2018, kenmerk 2018-0000119906
inclusief de bijlage bij het WOB-verzoek, beschikbaar via www.rijksoverheid.nl.